This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL OYWC U

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

Zweite Folge.

Achter Band.

Berlin,
Verlag von Carl Heymann.

1854.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

Achtundzwanzigster Band.

(Zweite Folge: Achter Band.)

Berlin,
Verlag von Carl Heymann.

1854.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

I. Plenar-Beschlüsse.

№ I. Deposition des Kaufgeldes wegen Gewährsmängel an der gekauften Sache..... S. 1.
№ V. Aufhebung des Lehns-, Vorkaufs- und Retractrechts. S. 301.
№ III. Uebergang des Wohnungsrechts auf den Käufer bei gerichtlich nothwendiger Subhastation..... S. 29.
№ IV. Nachweis der Verpflichtung eines Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben..... S. 39.
№ II. Stellvertreter von Privatparteien im Prozesse... S. 17.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

№ 1. Anfechtung eines Vertrages wegen Unkenntniß der Sprache, in welcher verhandelt worden ist..... S. 53.
№ 33. Ersatzverbindlichkeit der Eisenbahn-Gesellschaften bei Beschädigungen auf der Bahn..... S. 270.
№ 2. Verpflichtung des unredlichen Besitzers..... S. 58.
№ 37. Rechtlicher Begriff der Alluvion..... S. 312.
№ 3. Zulässigkeit eines Prozesses zum Zwecke der Erbeslegitimation zwischen einem Erbprätendenten und dem, dem Nachlasse bestellten Curator..... S. 64.
№ 4. Verjährungs-Einwand..... S. 70.
№ 32. Unterbrechung der Verjährung von Rückständen fortwährender Abgaben und Leistungen..... S. 261.
№ 5. Restitution der Minderjährigen gegen die abgelaufene Verjährung..... S. 75.
№ 10. Besitzhandlungen Behufs der Ersitzung des Eigenthums oder einer Servitut. Ersitzung einer Grundgerechtigkeit

Digitized by Google

auf Grundstücken in der Mark, auf welche eine gleiche Befugniß einer Kirche oder Pfarre schon zusteht.. S. 116.
№ 6. Beitrag der Legatarien zum Pflichttheil der Notherben. S. 86.
№ 54. Einfluß der Gemeinheitstheilungen auf Wegegerechtigkeiten..... S. 414.
№ 29. Wirkung des bestätigten Regulirungs-Rezesses... S. 246.
№ 32. Fortdauer der Abgaben, in welche Dienste zu persönlichen Bedürfnissen umgewandelt sind..... S. 261.
№ 34. Beweis des Umfanges regulirungsfähiger bäuerlicher Stellen..... S. 276.
№ 38. Entsagung bei Lehnstheilungen..... S. 317.
№ 31. Vererbliches Besitzrecht an zu Lehn gegebenen Colonaten. S. 255.
№ 53. Begriff der gemeinen Lasten und Pflichten, welche der Eintragung in das Hypothekenbuch nicht bedürfen S. 406.
№ 7. Priorität der vor der Besitztitelberichtigung angemeldeten Hypotheken..... S. 97.
№ 35. Gesetzliche Aufhebung von Bedingungen in Erbpachtverträgen..... S. 282.
№ 8. Form der Einwilligung des Verpächters in die Afterverpachtung..... S. 102.
№ 9. Verpflichtung zur Reparatur bei Pachtverträgen.. S. 106.
№ 11. Koppelhütung..... S. 134.
№ 57. Begriff der Observanz beim Transport der Waldstreu S. 430.
№ 58. Aufhebung vertragsmäßiger Gewerbebeschränkungen. S. 433.
№ 12. Haftbarkeit des Ehemannes für Untersuchungskosten. S. 142.
№ 39. Scheidung von Tisch und Bett..... S. 336.
№ 24. Rechte des Pupillarsubstituten..... S. 212.
№ 40. Bürgerliches Fideicommiß..... S. 342.
№ 60. Ausführung der Aufhebung der Gutsherrlichkeit.. S. 445.
№ 22. Inwiefern ein Wechselaccept als Zahlung oder als Novation der Schulden anzusehen sei?..... S. 199.
№ 41. Vertretung der Eingepfarrten im Prozesse..... S. 350.
№ 42. Kirchenbaulast..... S. 355.
№ 13. Mitbaurecht..... S. 147.
№ 56. Armenpflege..... S. 423.

2. Provinzial-Recht.

№ 61. Schlesien. Wegebaupflicht..... S 462.
№ 36. Erbrecht der Kinder bei der Paderbornschen Gütergemeinschaft..... S. 290.

Digitized by Google

№ 31. Vererbliches Besitzrecht an zu Lehn gegebenen Colonaten. S. 255.
№ 60. Erlöschen der gutsherrlichen Remissionspflicht bei Brandschäden in der Niederlausitz..... S. 445.
№ 43. Schlesien. Zehntverfassung..... S. 360.

3. Formelles Recht.

№ 14. Gerichtsstand in Possessorien-Sachen..... S. 154.
№ 59. Gerichtsstand des Post-Fiskus..... S. 437.
№ 15. Nullitätsklage gegen ein Judicat, dem ein später für null erklärtes rechtskräftiges Erkenntniß zum Grunde gelegen hat..... S. 158.
№ 51. Geltendmachung der Eigenschaft eines Beneficial-Erben. S. 395.
№ 30. Vorladung des Exequendus zu dem, gegen den überwiesenen Schuldner angestellten Prozesse..... S. 249.
№ 52. Vorrecht der Baugläubiger..... S. 399.
№ 23. Aufgebot der Realprätendenten bei einer Subhastation. S. 207.
№ 25. Feststellung der Caution im Subhastations-Verfahren. S. 220.
№ 26. Subhastation zum Zweck der Auseinandersetzung von Miteigenthümern. Rechte des einen, bezüglich eines auf dem ideellen Antheils-Eigenthume des andern eingetragenen Nießbrauchsrechts eines Dritten..... S. 229.
№ 27. Subhastationskosten..... S. 235.
№ 55. Einfluß der Revision einer Subhastations-Taxe im Laufe des Verfahrens, in Bezug auf die Frage, ob der neu anzusetzende Bietungstermin mit voller Frist anzuberaumen oder als fortgesetzter Subhastationstermin zu betrachten sei..... S. 419.
№ 28. Entschädigungs-Verpflichtung des Adjudicatars, der andere Kauflustige vom Mit- oder Weiterbieten abgehalten hat..... S. 240.

4. Straf-Recht.

a. Plenar-Entscheidungen.

№ 16. Beamte im Gegensatz zu Personen, welche bloß mit einzelnen Gemeindedienſten beauftragt sind..... S. 164.
№ 18. Gebrauch unrichtiger Werkzeuge zum Messen oder Wiegen..... S. 173.

Digitized by Google

№ 20. Frageſtellung an die Geſchworenen in Beziehung auf das Alter einer gemißbrauchten Perſon..... S. 184.

b. Abtheilungs-Entſcheidungen.

№ 19. Verjährung der durch die Preſſe begangenen gemeinen Verbrechen und Vergehen.....S. 177.
№ 44. Beweis der Verjährung in Strafſachen.....S. 368.
№ 45. Meuterei.....S. 370.
№ 46. Oeffentliches Aergerniß durch Verletzung der Schamhaftigkeit.....S. 375.
№ 17. Schwere Körperverletzung.....S. 169.
№ 47. Diebſtahl in Schankſtätten.....S. 379.
№ 21. Beſtrafung des frevelhaften Lügens vor Gericht. S. 196.
№ 48. Beſchränkung der Vertheidigung durch unterlaſſene Bekanntmachung der vorgeladenen Zeugen.....S. 383.
№ 49. Einlegung der Nichtigkeits-Beſchwerde durch die Staats-Anwaltſchaft.....S. 385.
№ 50. Zuläſſigkeit der Reſtitution im Strafverfahren...S. 387.

III. Präjudicien.

a. Zu Civil-Sachen.....S. 466.
b. Des Senats für Strafſachen.....S. 474.

Digitized by Google

№ I.

Deposition des Kaufgeldes wegen Gewährsmängel an der gekauften Sache.

Der §. 222. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. berechtigt in dem dort gedachten Falle, auch wenn die Uebergabe der verkauften Sache erfolgt ist, den Käufer nicht, einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes zurück zu behalten, oder ihn gerichtlich niederzulegen, sondern nur: einen solchen Theil zurückzuhalten unter gleichzeitiger gerichtlicher Niederlegung desselben. Präjudiz No. 2527.

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 221—223. Tit. 16. §§. 228. 229.

Im Allg. Landr. ist verordnet, Thl. I. Tit. 11.:

§. 221. Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden.

§. 222. Kommen aber Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache, vor erfolgter Bezahlung des Kaufgeldes zum Vorschein, so kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten und gerichtlich niederlegen.

§. 223. Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen der bevorstehenden Vertre-

Digitized by Google

tung, nach richterlichem Ermessen hinlängliche Sicherheit leisten.

Die Bedeutung der im §. 222. gegebenen Vorschrift ist bei dem Ober-Tribunal zweifelhaft geworden, indem man dieselbe einer Seits als eine, den Käufer zur Deposition des zurückgehaltenen Kaufgeldes jederzeit verpflichtende aufgefaßt hat, anderer Seits nur eine Berechtigung des Käufers darin ausgedrückt gefunden worden ist. Die letztere Meinung hat namentlich das vom dritten Senate angenommene Präjudiz No. 2236. (Entscheidungen Band 20. S. 535.) hervorgerufen, welches lautet:

> Der §. 222. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. spricht nur die Befugniß des Käufers zur Deposition aus, stellt es also in dessen Willkühr, ob er wegen Gewährsmängel einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufgeldes einfach zurückbehalten, oder — um sich von dessen Verzinsung und von der Gefahr zu befreien (§§. 228. 229. Tit. 16. Thl. I. A. L. R.) — zugleich deponiren will.

Dagegen ist in einem späteren vom vierten Senate entschiedenen Falle die Verpflichtung des Käufers zu dieser Deposition ausgesprochen, und die bei diesem Widerstreite der Meinungen an das Plenum des Ober-Tribunals gediehene Streitfrage ist durch Plenar-Beschluß vom 3. Juli 1854 in diesem letzteren Sinne entschieden, daher der in der Ueberschrift ausgeworfene Rechtsgrundsatz festgestellt worden.

Gründe.

Die ältere Meinung macht zunächst den Wortlaut der Vorschrift im §. 222. a. a. O. für sich geltend, indem diese durch das „zurückhalten und gerichtlich niederlegen" etwas ganz überflüssiges und sich von selbst verstehendes ausdrücken würde, wenn dadurch gesagt werden sollte, daß der Käufer den nicht gezahlten Theil des Kaufgeldes zurück-

Digitized by Google

behalten müsse, wenn er ihn gerichtlich niederlegen wolle; das „und" sei hier, wie so häufig, disjunctive gebraucht. Dagegen folge nicht, umgekehrt, aus der Befugniß des Zurückhaltens ohne Weiteres die Berechtigung zur Deposition, diese habe vielmehr dem Käufer erst durch das Gesetz ertheilt werden müssen, welches, wenn die neuere Meinung hätte sanctionirt werden sollen, lauten müßte:

„so kann der Käufer ... zurückhalten, muß aber ihn gerichtlich niederlegen."

Jedenfalls, behauptet man, erscheine die Wortfassung des Gesetzes doch zweifelhaft, und dann sei es vollkommen gerechtfertigt, einen Rückblick auf das gemeine Recht zu thun, sofern keine Gründe dafür sprechen, daß man bei Abfassung des Landrechts in dieser Hinsicht von jenem habe abweichen wollen. Nach gemeinem Rechte aber dürfe der Käufer wegen eintretender Gewährsmängel Kaufgeld zurückbehalten, und dem Verkäufer stehe nur frei, seiner Seits durch Bestellung genügender Sicherheit für den Evictionsfall die Auszahlung des Kaufgeldes zu erzwingen. Es genüge die Hinweisung auf L. 18. §. 1. D. de periculo rei vend. (18, 6.), wo es heiße:

Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur;

und auf L. 24. C. de evictionibus (18. 45.), lautend:

Si post perfectam venditionem, ante pretium numeratum, rei venumdatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emtorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, juris auctoritate monstratur, cet. —

Digitized by Google

Daß die Verfaſſer des Allg. Landrechts einen anderen Grundſatz hierüber hätten feſtſtellen wollen, ſei nicht zu erſehen. Der gedruckte Entwurf des Allg. Geſetz-Buchs ſpreche Thl. II. Tit. 8. §§. 181. 182. ſich dahin aus:

§. 181. Kommt der Anſpruch eines Dritten zum Vorſchein, ehe noch das Kaufgeld bezahlt worden, ſo kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil dieſes letztern zurückhalten und ſolchen gerichtlich niederlegen.

§. 182. Will der Verkäufer ſich ſolches nicht gefallen laſſen, ſo muß er für die künftige Vertretung, nach richterlichem Ermeſſen annehmliche Bürgſchaft leiſten.

Es ſei alſo im §. 181. auch nur die Befugniß des Käufers, nicht eine Verpflichtung deſſelben zur gerichtlichen Niederlegung des Kaufgeldes, und im §. 182. ganz ſo, wie im §. 223. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. die gemeinſchaftliche Verbindlichkeit des Verkäufers, der das Zurückhalten des Kaufgeldes nicht dulden wolle, zur Leiſtung einer Bürgſchaft, ausgedrückt, und daher anzunehmen, daß das Landrecht nicht weiter habe gehen wollen als das gemeine Recht und die Practiker, welche dem Käufer in einem ſolchen Falle unbedingt das Recht gäben, das Kaufgeld zurückzuhalten, oder nur gegen Cautionsſtellung zu zahlen, und die hiervon nur unter gewiſſen Umſtänden, z. B. bei drohender Inſolvenz des Käufers, eine Ausnahme geſtatteten.

Es ſei ferner zu erwägen, daß die Leiſtung der Gewähr zur Erfüllung des Vertrages gehöre (A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §. 317.), ſie einen Theil der Erfüllung bilde; daß der Verkäufer, der die Sache nicht in der vertragsmäßigen Art übergebe, ſich zuerſt in Verzug geſetzt habe, und daß anderer Seits der Käufer in die übelſte Lage gerathe, wenn er jedenfalls das Kaufgeld niederlegen müſſe, obſchon der Verkäufer nicht gehörig erfüllt habe, z. B. das verkaufte

Digitized by Google

Grundstück nicht, wie er verheißen, schuldenfrei übergeben könne, indem alsdann der Gläubiger einmal an die sich meldenden Hypotheken-Gläubiger, zum zweiten Male aber ad depositum zahlen müsse.

Eine Verpflichtung des Käufers zur Deposition des zurückbehaltenen Kaufgeldes lasse sich nach den Vorschriften des Allg. Landrechts nur in dem einen Falle rechtfertigen, wenn vertragsmäßig der Verkauf nur gegen baare Zahlung habe erfolgen sollen. Denn §. 221. verordne:

> Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet ist;

und indem die beiden folgenden Paragraphen sich hieran anschließen, sei damit gesagt, daß der Verkäufer die Sache nicht ohne die bedungene baare Zahlung wegzugeben brauche, und wenn der Käufer Evictionsmängel vorschütze, dieser das Kaufgeld deponiren müsse, falls er die Uebergabe der Sache möglich machen wolle. Sei dagegen die Sache schon übergeben, und das Kaufgeld creditirt worden, so habe der Käufer eben so wenig einen Theil des Kaufgeldes wegen entdeckter Gewährsmängel zu deponiren, als er in dem Falle, wenn er das ganze Kaufgeld zur bestimmten Zeit nicht bezahle, zu dessen gerichtlicher Niederlegung vor entschiedener Sache genöthigt werden könne.

Diese Ausführungen können jedoch nicht für richtig geachtet werden. Mag man aus den Worten des Gesetzes immerhin ein entscheidendes Resultat nicht gewinnen können — wiewohl diese keinesweges der vorstehend entwickelten Meinung vorzugsweise zur Seite stehen —; so ist doch in dem Zusammenhange der Lehre von der gerichtlichen Deposition, sowie in der Verbindung derselben mit anderen

Digitized by Google

Gesetzesvorschriften, genügender Aufschluß über die Bedeutung des §. 222. Tit. 11. zu finden.

Die gehörige gerichtliche Deposition einer schuldigen Summe befreiet den Schuldner, gleich der Zahlung. Die natürliche Folge ist also auch, daß er die Gefahr der Sache nicht mehr trägt, und daß die verschiedenen Nachtheile des Verzuges ihn nicht mehr treffen (Thl. I. Tit. 16. §. 213. 228. 229.).

Das Allg. Landrecht gedenkt in dem Sitze der Materie Thl. I. Tit. 16. Abschn. 3. zweier Hauptfälle solcher Deposition.

I. Den ersten beschreibt es allgemein im §. 215. mit den Worten: Die Deposition finde hauptsächlich dann statt, wenn die Zahlung wegen eines Hindernisses in der Person des Gläubigers nicht geleistet werden könne. Einzelne Unterfälle werden §§. 216. bis 220. angegeben, namentlich diese: wenn kein zum Empfange Legitimirter am Zahlungsorte zu finden ist, oder wenn der Gläubiger den Empfang verweigert.

Dieser erste Hauptfall charakterisirt sich also dahin: Der Schuldner bestreitet seine Verbindlichkeit zu zahlen nicht; er ist auch dazu bereit, wird aber vom Gläubiger daran gehindert; das Gesetz eröffnet ihm nun einen anderen Weg, sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen, und zwar in seinem alleinigen Interesse und zur Benutzung nach seiner Willkühr; schlägt er ihn ein, so ist sein Zweck, sich jene Vortheile (§. 228. 229.) zu sichern. Die ihm gelassene Alternative ist: bei der Verbindlichkeit bleiben, oder sich ihr entschlagen, genauer: das Geld behalten oder es deponiren; das Zahlen, als thatsächlich unmöglich gedacht, steht ganz außer Frage.

Digitized by Google

Nachdem das Gesetz noch §§. 221—225. von dem Verfahren bei der Deposition gehandelt, gedenkt es:

II. des zweiten Hauptfalles:

§. 226. Wegen noch streitiger Gegenforderungen kann der Schuldner zur Deposition nur unter den Erfordernissen eines gesetzmäßigen Arrestschlages zugelassen werden.

Hier ist die Lage thatsächlich und rechtlich eine ganz andere. Der Schuldner bestreitet ganz oder theilweise seine Verbindlichkeit zur Zahlung, er will dem Gläubiger das Geld nicht in die Hände geben, der seiner Seits zum Empfange vollkommen bereit und legitimirt sein mag; das Gesetz gestattet dem Schuldner, der sein Bestreiten einigermaaßen unterstützen kann, die Deposition zu seiner Sicherheit, sorgt aber, weil der Gegenanspruch noch illiquide ist, dadurch gleichzeitig für den Gläubiger.

Es ist hier also auch denkbar, daß, zur Erreichung der Sicherheit für beide, noch der andere Weg einer Zahlung an den Gläubiger gegen Sicherstellung, als Gegenrecht des Gläubigers zugelassen werde, wovon ad I., wo der Schuldner nichts als zu zahlen begehrt, nicht die Rede ist. Der Schuldner deponirt hier also, um der Gefahr und den Nachtheilen einer Zahlung zu entgehen; die Befreiung von der Gefahr für die Sache, von den Folgen der mora tritt, wie ad I. so freilich auch hier ein, ist aber nicht das Motiv der Deposition. Schließlich: die Alternative für den Schuldner ist hier Erfüllung der Verbindlichkeit durch Zahlen oder durch Deposition; zurückbehalten kann er nicht.

Andere Stellen des Allg. Landrechts (worauf schon §. 227. a. a. O. hinweiset) und der Allg. Ger.-Ordnung führen noch zahlreiche concrete Fälle der gerichtlichen Deposition auf, theils solche, welche einem oder dem andern

Digitized by Google

jener beiden Hauptfälle sich anschließen, theils solche, welche von beiden insofern abgehen, als dem Schuldner die Deposition statt der Zahlung zu einer Pflicht aus Rücksicht auf die Interessen Dritter gemacht (z. B. Thl. I. Tit. 11. §. 419., Thl. I. Tit. 13. §. 136., Thl. II. Tit. 8. §§. 891., 1145 ff. 1160. 1171 ff.), oder als die Deposition von Amtswegen veranlaßt wird, z. B. (Thl. I. Tit. 14. §§. 92. 93.). Aus diesen sonstigen Fällen sind hier solche hervorzuheben, welche die obige Charakterisirung des zweiten Hauptfalles in seinem Gegensatze zu dem ersten bestätigen und veranschaulichen.

a. Thl. I. Tit. 16. §§. 359. 360. Kann ein Schuldner seine Gegenforderung nicht liquide machen, so muß er Zahlung leisten, und kann, wegen behaupteter Unsicherheit seiner Gegenforderung bei dem Andern, nur unter den Abschn. 3. bestimmten Umständen zur Deposition gelassen werden.

b. Thl. II, Tit. 8. §. 924. Sind Einwendungen und Gegenforderungen eines Wechselschuldners freilich nicht liquide, aber doch so beschaffen, daß sie einen Arrestschlag begründen, so ist der Wechselbeklagte nur in das gerichtliche Depositorium zu zahlen verbunden.

§. 925. In allen Fällen, wo gerichtliche Deposition statt findet, kann dem Kläger die Auszahlung gegen hinlängliche Caution nicht geweigert werden.

c. Thl. II. Tit. 8. §. 1248. 1249. Der Wechselschuldner, welcher sich durch Einwendungen oder Gegenforderungen, die einer weitläuftigen Erörterung bedürfen, gegen die Zahlung schützen will, und zur Verfallzeit wegen derselben ein obsiegendes, aber noch nicht rechtskräftiges Urtel erhalten hat, ist berechtigt die Wechselsumme gerichtlich zu deponiren.

Digitized by Google

d. A. G. O. Thl. I. Tit. 14. §. 6. sub 2. §. 7. Ist Gefahr bei dem Aufschube der Execution eines ersten Urtels, so muß Appellant ihm Genüge leisten, oder die streitige Summe oder Sache in's gerichtliche Depositorium einliefern, oder wegen künftiger Befolgung des Urtels Sicherheit leisten.

e. A. G. O. Thl. I. Tit. 27. §. 51. (vergl. Thl. I. Tit. 28. §. 9.) Gegen die Wechselexecution kann sich der Beklagte nur durch Einzahlung der erkannten Summe in das gerichtliche Depositum, und nur dann schützen, wenn er appellirt, oder für seine Exception solche Umstände beigebracht hat, die einen Arrestschlag begründen können.

In allen diesen Fällen bestreitet der Schuldner seine Verpflichtung zur Zahlung, indem er sich auf Einwände stützt, welche zwar nicht liquide sind, aber doch etwas für sich haben. Die Deposition wird ihm gestattet, als Mittelweg, um einer Seits den Schuldner gegen die Gefahr der Zahlung, anderer Seits den Gläubiger gegen die Gefahr des Verbleibens des Geldes in den Händen des Schuldners zu schützen, weshalb denn auch unter Umständen andere Auswege mit ähnlicher Wirkung (Zahlung oder Behalten gegen Caution, Fälle b. und d.) dargeboten werden. Ueberhaupt aber hat der Schuldner nur die Wahl, nicht zwischen einem einfachen Behalten und Deponiren, sondern zwischen Zahlen und Deponiren.

In diese Reihe von Fällen gehört nun auch der bei gegenwärtiger Frage vorliegende. Die Voraussetzung des §. 222. a. a. O. ist, daß, während ein Käufer das Kaufgeld noch schuldet, Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache zum Vorschein kommen. Solche Mängel und Ansprüche berechtigen einen Käufer nach Um-

Digitized by Google

ständen zur Aufhebung des Kaufes oder zu Entschädigungsforderungen; sie begründen also für ihn, wenn er noch nicht erfüllt hat und auf Erfüllung belangt wird, Einwendungen und Gegenforderungen. Diese Einwendungen ꝛc. nun sollen den Käufer zur Deposition befugen, falls die Mängel ꝛc. zum Vorschein gekommen, d. h. nach der Ausführung in dem Erkenntniß vom 16. November 1844 (Entscheidungen Bd. X. S. 370.) falls, im Gegensatz gegen subjectives Meinen des Käufers, eine objective Gefahr für ihn vorhanden ist, falls, z. B. was Ansprüche Dritter betrifft, dieselben schon durch Klage geltend gemacht oder doch in so weit bescheinigt worden sind, wie zur Anstellung einer Klage hinreichen würde. Die Voraussetzungen sind also durchaus, nicht die des ersten, sondern die des zweiten Hauptfalles. Nicht ist ein Gläubiger Schuld, daß der bereitwillige Schuldner zur Zahlung nicht gelangen kann, sondern dieser sträubt sich gegen die Zahlung wegen rechtlicher Einwendungen, die er zwar noch nicht klar zu stellen, aber aus denen er doch eine Gefahr, welche ihm aus der Zahlung an den Gläubiger erwüchse, herzuleiten vermag. Die Deposition also, welche unter solchen Voraussetzungen dem Schuldner eingeräumt wird, kann ihn nicht gegen die Nachtheile des Behaltens, sondern gegen die Gefahr des Auszahlens an den Gläubiger schützen sollen; die Alternative kann auch hier nicht für ihn sein: deponire oder behalte, sondern: deponire oder zahle.

Zu demselben Ergebnisse wie der Zusammenhang der ganzen Lehre der gerichtlichen Deposition führt die Verbindung des §. 222. mit dem vorangehenden und dem nachfolgenden Paragraphen. Unter der Rubrik: „Verbindlichkeiten des Käufers wegen Bezahlung des Kaufgeldes," bestimmt der §. 221: „Gegen Empfang der Sache ist der

Digitized by Google

Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig, wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden." Heißt es nun weiter im §. 222: „Kommen aber Gewährsmängel .. zum Vorschein, so kann der Käufer .. niederlegen;" so wird hier ja eine Ausnahme von der Zahlungsverpflichtung begründet, so daß, wenn der Käufer von der ihm dadurch gegönnten Befugniß nicht Gebrauch machen will oder kann, eben nur die Regel der Zahlungspflicht übrig bleibt. Der §. 223. fährt fort: „Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen der bevorstehenden Vertretung ... hinlängliche Sicherheit leisten." Diese dem Gläubiger, gleich wie in dem Falle IIb. §. 925. Thl. II. Tit. 8. eingeräumte Befugniß beweiset, daß die im §. 222. zugelassene Deposition nicht im alleinigen Interesse des Schuldners, sondern weil dessen Gegenansprüche noch nicht feststehen, auch mit Rücksicht auf den Gläubiger angeordnet worden. Der Schuldner kann unter der Voraussetzung des §. 222. nur Sicherheit begehren; es sind dafür zwei zum wesentlichen Ziele führende Wege eröffnet, unter welchen wieder der Gläubiger die Wahl hat. Der eine (§. 223.) Zahlung der Schuld an den Käufer, der dann eine gleiche Summe deponirt, der andere (§. 222.) Zahlung des Käufers in's Depositum unmittelbar. Aushändigen soll der Schuldner immer, die Alternative für ihn ist nur, ob ohne oder mit Sicherheit, nicht aber, ob Aushändigen oder Behalten.

Diesen entscheidenden Gründen thut dann die Wortfassung des §. 222. in keiner Weise Abbruch, ja sie ist eher sie zu stützen geeignet. Fragt es sich nämlich, ob die Vorschrift, „er kann das Kaufgeld zurückhalten und gerichtlich niederlegen" eine Befugniß, zu deren Ausübung ein doppelter Act gehört, oder zwei getrennte Befugnisse ausdrücke, ob mit andern Worten das „und" conjunctiv für

Digitized by Google

„und zugleich" oder disjunctiv für „oder auch" stehe, so wird zwar diese letztere Bedeutung des „und" häufig genug angetroffen, allein der genauere Sprachgebrauch entscheidet doch für die erstere. Auch ist keineswegs etwas Ueberflüssiges, sondern eben nur das Nothwendige gesagt, wenn dem Käufer die Befugniß beigelegt wird, daß er einen Theil des Kaufgeldes zurückhalten könne; dies mußte zuvor ausgesprochen werden, wenn der Käufer die Zahlung sollte verweigern dürfen, und daran schließt sich alsdann die gerichtliche Niederlegung, als die legale Form jenes Zurückhaltens, so daß Beides zusammen genommen — das thatsächliche Zurückbehalten und das unmittelbar darauf folgende Niederlegen des Kaufgeldes — diejenige Handlung ausmacht, zu welcher der Käufer hier für berechtigt erklärt wird. Es läßt sich annehmen, daß deshalb auch das Wort „zurückhalten" und nicht „zurückbehalten" gewählt worden, da dies letztere dem Allg. Landrecht das technische Wort für Retentionsrecht (Abschn. 2. Tit. 20. Thl. I. A. L. R.) ist. Das „Kaufgeld zurückhalten" drückt nicht so bestimmt wie das „zurückbehalten" ein Verbleiben des Geldes in den Händen des Käufers aus; es geht weniger auf einen Act gegen die Sache, als gegen den Verkäufer, auf ein Vorenthalten, es paßt besser als ein „zurückbehalten" auf eine Handlung, die nur zum Behufe des Niederlegens dienen soll.

Ein Retentionsrecht ist hier nicht gemeint und kann nicht dem Käufrr beigelegt sein, da die unbedingt nothwendigen Erfordernisse eines solchen, nach §§. 540—541. Tit. 20. Thl. I. A. L. R.: daß die Gegenforderung des Zurückbehaltenden zur selben Zeit, als die Rückgabe der Capitalssumme fällig, und daß sie so weit bescheinigt sein müsse als nach den Gesetzen zur Anlegung eines Arrestes

Digitized by Google

erforderlich ist, im §. 222. Tit. 11. gar nicht erwähnt, noch vorausgesetzt sind. Es ist daher auch die sonst schon in Anspruch genommene Analogie des §. 242. Tit. 20. nicht zu rechtfertigen, selbst abgesehen von dem längst angeregten Zweifel, ob dieses Gesetz auf nomina überhaupt Anwendung finden dürfe (Gesetzrevision Pens. III. Motive S. 192 ff. S. 557.).

Zu dem bisher Gesagten treten dann noch folgende Erwägungen. Die ältere Ansicht geht davon aus, und das Präjudiz No. 2236. sagt dies ausdrücklich: daß es in des Käufers Willkühr stehe, ob er wegen der gedachten Mängel das Kaufgeld einfach zurückbehalten, oder, um sich von dessen Verzinsung und der Gefahr zu befreien, zugleich deponiren wolle.

Es wird also und mit Recht angenommen, daß zurückhalten und deponiren nicht begriffsmäßig einander ausschließen, daß mithin der Ausdruck des §. 222. auch von einem mit der Deposition verbundenen Nichtauszahlen an den Gläubiger verstanden werden könne. Es wird aber ferner von solchem qualificirten Zurückhalten noch ein einfaches unterschieden und zwischen beiden dem Schuldner die Wahl gelassen. Und zwar wird diese Willkühr lediglich daraus abgeleitet, daß der §. 222. nur die Befugniß des Käufers zur Deposition ausspreche. Das ist allerdings richtig, denn das „kann" bezieht sich mit auf die Deposition; daraus folgt jedoch nicht, daß, wenn der Schuldner sich dieser Befugniß nicht bedienen will, er das Geld in seinen Händen behalten könne. Vielmehr tritt dann, als die andere Alternative, nach §. 221., die regelmäßige Pflicht eines Schuldners, das Zahlen ein. Daß dies die richtige Auffassung dieser Vorschrift sei, dafür läßt sich auch §. 372. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. noch anführen, der in der Lehre

Digitized by Google

vom Tausche dem Tauschenden, wenn die eingetauschte Sache von einem Dritten in Anspruch genommen wird, das Recht: die dagegen vertauschte Sache zur gerichtlichen Verwahrung und Verwaltung zu übergeben, in den Fällen beilegt:

„wo der Käufer wegen des bevorstehenden Anspruchs „eines Dritten auf die erkaufte Sache das Kaufgeld „zurückzuhalten und gerichtlich niederzulegen „berechtigt ist."

Hiermit ist §. 222. daselbst in Bezug genommen, und dessen Inhalt in derselben kurzen, für nur eine Berechtigung sprechenden Verbindung des Zurückbehaltens und Niederlegens wiedergegeben.

Sehr nachdrücklich streitet sodann für den vom Plenum angenommenen Grundsatz das im §. 223. a. a. O. dem Verkäufer beigelegte Recht, den Käufer zur Zahlung des zurückgehaltenen Kaufgeldes durch Bestellung hinlänglicher Sicherheit wegen der bevorstehenden Vertretung zu zwingen, da diese, dem Verkäufer gestellte Zumuthung einer Sicherstellung unvereinbar sein würde mit einem gegenüber stehenden Rechte des Käufers, das Kaufgeld einfach in seinen Händen zu behalten; es wäre eine ganz ungleiche Behandlung beider Contrahenten, wenn der Verkäufer, wie nach der älteren Auslegung des §. 222. nothwendig folgen würde, erst eine Caution bestellen müßte, damit der Käufer nur das schuldige Kaufgeld ad depositum zahle, während §. 223. jenem durch die Sicherstellung das Recht auf Herauszahlung des gerichtlich niedergelegten Kaufgeldes verschaffen will. Dies Recht des Verkäufers ist aber bisher noch gar nicht bestritten worden. Wenn aber sonach auch die Gegner zugeben, daß der Verkäufer nach §. 223. die Zahlung jedenfalls erzwingen kann, so widerlegt sich auch der Vorwurf einer allzugroßen Härte des §. 222.,

Digitized by Google

indem auch nach der älteren Meinung der Käufer in Anwendung des §. 223. möglicher Weise zu einer zweimaligen Zahlung des Kaufgeldes (resp. an Hypotheken-Gläubiger und ad depositum) genöthigt werden könnte.

Der Rücksicht auf den Käufer tritt übrigens die eben so gerechte Beachtung der Lage des Verkäufers gegenüber, der sich der Sache schon entäußert hat, und dem nun die Zahlung des Kaufgeldes wegen Gewährsmängel verweigert wird, die sich doch leicht soweit bescheinigen lassen, daß die Einleitung eines Processes darüber nicht verweigert werden kann, wenn während dessen Dauer der Käufer das Kaufgeld in Händen behalten und auch die gekaufte Sache nutzen dürfte. Denn von dem Falle, wo der Käufer in der Lage sein sollte, seinen auf einen Geldbetrag zurückgeführten Evictionsanspruch sofort liquide zu machen, ist hier nicht die Rede, und es versteht sich von selbst, daß dann Compensation mit der Kaufgelderschuld eintritt und der Käufer nichts zu deponiren braucht. Es handelt sich von dem Falle, wo die Gewährsmängel streitig bleiben, und hier ist es Gunst genug, daß der Käufer nur überhaupt wegen solcher nicht liquiden Ansprüche deponiren darf, während nach den allgemeinen Grundsätzen, zufolge §. 226. Tit. 16. Thl. I. A. L. R., wegen streitiger Gegenforderungen der Schuldner nur unter den Voraussetzungen eines gesetzmäßigen Arrestschlages zur Deposition verstattet wird. Hierin ändert sich auch dadurch nichts, daß man in dem Hervortreten von Gewährsmängeln einen Mangel an der Erfüllung des Vertrages von Seiten des Verkäufers siehet, da dieser doch durch die Uebergabe der verkauften Sache im Wesentlichen schon erfüllt hat und wegen bloßer Gewährsmängel nach erfolgter Uebergabe der Sache von dem, welcher die Erfüllung angenommen hat, die Gegenleistung

Digitized by Google

nicht verweigert werden darf, wie das Ober-Tribunal schon früher angenommen hat (Samml. der Präjudizien S. 14. u. 15.), und woraus ebenfalls folgt, daß der Käufer nie mehr als die Zulassung zur Deposition eines entsprechenden Theils seiner Schuld begehren darf.

Wenn hiernächst von den Vertheidigern der älteren Meinung noch unterschieden wird, ob vertragsmäßig der Verkauf einer Sache nur gegen baare Zahlung des Kaufgeldes hat erfolgen sollen und dieselben in diesem Falle anerkennen wollen, daß der Käufer, wenn er die Uebergabe der Sache erzwingen und gleichwohl wegen Gewährsmängel Kaufgeld zurückhalten wolle, dasselbe gerichtlich niederlegen müsse, so ist gegen dieses Zugeständniß nichts zu erinnern, es kann jedoch eine verschiedene Behandlung des andern Falles, wo eine solche ausdrückliche Vertragsbestimmung nicht getroffen, und wo die Uebergabe der Sache bereits erfolgt ist, nicht zugelassen werden.

Die Beziehung endlich auf die Vorschriften des gemeinen Rechts muß abgelehnt werden, weil der Lehre von der Gewährleistung durch die gemeinrechtliche Praxis ein ganz anderer Umfang gegeben worden ist, die Verfasser des Allg. Landrechts derselben nicht überall gefolgt sind, vielmehr ihren eigenen Weg eingeschlagen haben, überdies die rechtlichen Verhältnisse des Kaufvertrages nach dem Allg. Landrecht nicht identisch sind mit den im römischen Rechte gegebenen Eigenschaften und Wirkungen desselben, und weil endlich das Landrecht ganz bestimmte Vorschriften für diesen besonderen Fall enthält, auf deren Auslegung daher alles ankommt.

Digitized by Google

№ II.

Stellvertreter von Privatparteien im Prozesse.

Zu den in der Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 bezeichneten, zum Richteramte qualificirten Privatpersonen, die als Stellvertreter der Partei in deren Prozessen aufzutreten gesetzlich befugt sind, gehören nicht bloß solche Personen, welche vermöge einer ihnen gesetzlich obliegenden Pflicht als Väter, Vormünder, Ehemänner (Prozeß-Ordnung §§. 3 ff. Tit. 1.) zur Vertretung berechtigt sind, sondern auch solche, welche kraft ausdrücklicher oder vermutheter Vollmacht (§§. 22 ff. Tit. 3. Proz.-Ord.) zur Prozeßführung zugelassen werden müssen. Präjudiz No. 2524.

Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeits-Beschwerde vom 14. December 1833 §. 7. (Gesetz-Samml. S. 303.)

Deklaration der Verordnung vom 14. December 1833 über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeits-Beschwerde vom 6. April 1839 Art. 7. (Gesetz-Samml. S. 129.)

Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 (Gesetz-Samml. S. 117.)

Prozeß-Ordnung Tit. 1. §§. 3 ff. Tit. 3. §§. 22 ff.

Ueber die Förmlichkeiten, welche bei Einlegung des durch die Verordnung vom 14. December 1833 geschaffenen Rechtsmittels der Nichtigkeits-Beschwerde zu beobachten waren, bestimmte §. 11. dieser Verordnung unter anderm:

Die Nichtigkeits-Beschwerde muß bei dem Gerichte erster Instanz entweder mündlich zu Protokoll, oder schriftlich, im letzteren Falle jedoch, wenn der Implorant eine

Digitized by Google

Privatpartei ist, mittelst eines von einem Justiz-Commissarius unterzeichneten Schriftsatzes angebracht werden.

Die am 6. April 1839 erlassene Deklaration jener Verordnung hob im Art. 6. den §. 11. derselben auf, und verordnete in den zwei ersten Sätzen des Art. 7:

Die Nichtigkeits-Beschwerde muß stets schriftlich eingereicht und die Beschwerdeschrift von einem Justiz-Commissar, oder an dessen Stelle von einem der Partei beigeordneten rechtsverständigen, d. h. zum Richteramte befähigten Assistenten, unterzeichnet werden.

Die schriftliche Einreichung ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius ist nur den öffentlichen Behörden und solchen Privatpersonen gestattet, welche selbst zu den Rechtsverständigen gehören.

Es entstanden hiernächst in der Praxis Zweifel über die Bedeutung des Ausdrucks „Privatpersonen," zu deren Beseitigung die Königliche Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 erging, und worauf der zweite Senat des Ober-Tribunals in einem am 20. März 1841 entschiedenen Falle den unter No. 1000. des Präjudizienbuchs (Samml. S. 428.) eingetragenen Grundsatz annahm:

Zu den in der Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 bezeichneten, zum Richteramte qualificirten Privatpersonen, die als Stellvertreter der Partei in deren Prozessen aufzutreten gesetzlich befugt sind, gehören nicht bloß solche Personen, welche vermöge des Gesetzes zur Stellvertretung berechtigt sind (Väter, Vormünder, Ehemänner), sondern auch solche, welche als Bevollmächtigte zur Prozeßführung zugelassen werden müssen.

In neuester Zeit hat nun derselbe Senat diesen Grundsatz einer neuen Prüfung zu unterziehen Veranlassung gehabt und in deren Folge denselben aufzugeben und die Zu-

Digitized by Google

lassung qualificirter Privatpersonen auf die gesetzlichen Stellvertreter einer Partei zu beschränkten beschlossen. Das deshalb verfassungsmäßig in Berathung getretene Plenum des Ober-Tribunals hat jedoch am 19. Juni 1854 das ältere Präjudiz aufrecht erhalten und dasselbe zum Plenar-Beschlusse erhoben aus nachstehenden

Gründen:

Das gegenwärtig angeregte Bedenken gegen die bisherige Auslegung der Königlichen Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 wird aus dem Wortlaute dieser letzteren abgeleitet. Wenn nämlich im Art. 7. der Deklaration vom 6. April 1839 die schriftliche Einreichung einer Nichtigkeits-Beschwerde, ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius, außer den öffentlichen Behörden nur noch solchen Privatpersonen gestattet worden ist, welche selbst zu den Rechtsverständigen gehören, und hierauf jener Königliche Erlaß den Ausdruck Privatpersonen dahin erläutert hat, daß darunter „auch diejenigen zum Richteramte qualificirten Personen gehören, die als Stellvertreter der Partei in deren Prozessen aufzutreten gesetzlich befugt sind," so meint man, daß diese Ermächtigung nicht alle Vertreter einer Privatpartei, ohne Unterschied, sondern eben nur die durch anderweitige besondere gesetzliche Vorschrift zur Vertretung eines Andern berufenen Personen betreffe. Das Wort „gesetzlich" könne nicht als überflüssig betrachtet werden, es weise vielmehr auf solche Stellvertreter hin, deren Befugniß unmittelbar in einer gesetzlichen Vorschrift, also nicht in dem Willen des zu Vertretenden beruhe, wie z. B. Väter für ihre Kinder, Ehemänner für ihre Frauen, Vormünder für ihre Pflegebefohlenen zu handeln gesetzlich berechtigt seien; und es würden daher hierdurch alle diejenigen ausgeschlossen, die einer Vollmacht der Partei zu ihrer Legitimation bedürften, also

Digitized by Google

auch solche Personen, denen die Vermuthung einer Vollmacht zur Seite stehe, da diese schließlich doch auch einer solchen Vollmacht bedürften.

Wie viel Schein dies aber auch für sich haben mag, so verschwindet derselbe doch bei näherer Prüfung vor den Gründen, welche für den ältern, im Präjudize No. 1000. ausgedrückten Grundsatz theils aus dem Zusammenhange der Cabinets-Ordre von 1840 mit der früheren Gesetzgebung, theils aus den Motiven dieser Cabinets-Ordre hervorgehen.

Nach der Prozeß-Ordnung steht es bekanntlich mit der prozessualischen Vertretung folgendermaaßen:

Der Regel nach erscheint die Partei persönlich um den Prozeß zu führen, Tit. 3. §. 1. Die Vertretung, wenn sie zulässig, scheidet sich ihrem rechtlichen Grunde nach

I. in die Vertretung aus gesetzlicher Nothwendigkeit, welche nicht nur für den Vertretenen, sondern auch für den Vertreter besteht. Sie tritt nämlich ein für diejenigen, welche ihres status halber gar nicht, oder nicht ohne Beitritt eines Andern vor Gericht verhandeln können, und demnach durch diejenigen, in deren juristischer Gewalt sie sich sonst befinden, in der Art vertreten werden müssen, daß auch diese dazu kraft ihrer sonstigen Stellung zu dem Unfähigen verbunden sind. Von solcher Vertretung handelt die Prozeß-Ordnung im ersten Titel bei der Lehre von der Fähigkeit zu klagen und belangt zu werden, und von derselben als einer nothwendigen im §. 3 ff. daselbst.

II. Die Vertretung der an sich fähigen Personen, von welcher der Tit. 3. §§. 22 ff. handelt, ist eine freiwillige, entweder für beide, oder doch für den Vertreter. Sie setzt eine Vollmacht im weiteren Sinne voraus, und zwar entweder

1. eine wirkliche Vollmacht der Partei für den Ver

Digitized by Google

treter, richte sie sich nur a) auf den einzelnen Prozeß (§. 22.), oder b) auf die Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten (§. 32.), oder

2. eine von dem Richter für die Partei gegebene Vollmacht (§. 23.), oder
3. eine sogenannte vermuthete Vollmacht, die theils bei Gefahr im Verzuge (§. 26.), theils auch ohne eine solche für gewisse der Partei nahe stehenden Personen (§. 25.) angenommen wird, und wohl passender als negotiorum gestio zu bezeichnen sein möchte, da der Vertreter selbst dann zuzulassen ist, wenn er angiebt, die Partei habe ihn noch nicht bevollmächtigt, ja sie wisse noch gar nichts von der Sache, wo also eine Vermuthung durch die That widerlegt wird.

Hinsichtlich der Qualification dieser freien Vertreter ergiebt sich, daß sie im Falle 1 a. (§. 22.) Justiz-Commissarien sein müssen, im Falle 2. (§. 23.) solche, oder auch Beisitzer oder Referendarien des Gerichts. In den übrigen Fällen wird eine derartige juristische Qualification eben so wenig erfordert, wie wenn die Partei selber, oder ihr nothwendiger Vertreter handelt.

In engern Grenzen jedoch, als diese Qualification zur Prozeßführung überhaupt, ist die Fähigkeit zur Abfassung von Prozeßschriften beschlossen. Dahin gehören nun auch die in die gegenwärtige Frage einschlagenden Bestimmungen über die Abfassung der Nichtigkeits-Beschwerde. Nach §. 11. der Verordnung vom 14. December 1833 sollte

die Nichtigkeits-Beschwerde entweder mündlich zu Protokoll oder schriftlich, im letztern Falle jedoch, wenn der Implorant eine Privatpartei ist, mittelst eines von einem Justiz-Commissarius unterzeichneten Schriftsatzes angebracht werden.

Digitized by Google

Hiernach war jeder sonst zulässige Vertreter auch befugt, die Nichtigkeits-Beschwerde mündlich zum gerichtlichen Protokoll zu geben. Der Artikel 7. der Deklaration vom 6. April 1839 setzt an die Stelle jenes §. 11. die Vorschrift:

> die Nichtigkeits-Beschwerde muß stets schriftlich eingereicht und die Beschwerdeschrift von einem Justiz-Commissar, oder ... einem der Partei beigeordneten rechtsverständigen, d. h. zum Richteramte befähigten Assistenten unterzeichnet werden. Die schriftliche Einreichung ohne ... Justiz-Commissar ist nur den öffentlichen Behörden und solchen Privatpersonen gestattet, welche selbst zu den Rechtsverständigen gehören.

Die mündliche Anbringung also, welche keiner juristischen Qualification des Beschwerdeführers bedurfte, fällt fort; dagegen wird die schriftliche Anbringung nicht nur den Justiz-Commissarien, sondern auch den öffentlichen Behörden und rechtsverständigen Privatpersonen gestattet. Nach den gedruckten Motiven zur Deklaration Artikel 7. S. 51. ist zwar die Zuziehung eines Justiz-Commissars deshalb erfordert worden, weil zur Anfertigung der Beschwerdeschrift Rechtskenntnisse nöthig sind; man hat es aber unbedenklich gefunden, diejenigen Personen einer solchen Zuziehung zu überheben, welche, als zum Richteramt qualificirt, dieselbe Garantie für die geheischte Anfertigung der Beschwerdeschrift gewähren, und für welche es eben so unpassend sein würde, sie einer Controlle der Justiz-Commissarien zu unterwerfen, wie für einen Justiz-Commissar selber, wenn dieser einen Prozeß zu führen hätte.

Schon nach diesem Artikel 7. dürfte man jeden überhaupt zulässigen Vertreter der Partei, wenn er ein Rechtsverständiger im obigen Sinne war, zur Einreichung der Nichtigkeits-Beschwerdeschrift auch ohne Justiz-Commissar zulassen. Denn

Digitized by Google

1. tritt die ganze Beschränkung ja nur hinsichtlich der Qualification des Prozeßführers ein, nicht aber hinsichtlich des rechtlichen Titels zur Prozeßführung, hinsichtlich des Verhältnisses des Prozeßführers zur Sache. Die Bestimmung nimmt mit keinem Worte Beziehung darauf, ob die Partei selber oder durch einen Vertreter die Sache führe, ob dieser ein nothwendiger oder ein freier Vertreter sei, ob der letztere durch Special- oder General-Vollmacht der Partei, oder durch Verfügung des Richters, oder durch gesetzliche Vermuthung legitimirt ist. Das Gesetz bedient sich des allgemeinen Ausdruckes: Privatpersonen, welche zu den Rechtsverständigen gehören. Selbst durch den Ausdruck Privatparteien würde der Sinn der Beschränkung noch nicht geändert worden sein, weil das Wort Partei, wenn es nicht einem Vertreter besonders entgegengesetzt wird, auch für den Prozeßführer überhaupt, im Gegensatz des Gerichtes oder etwa des zuziehenden Justiz-Commissarius resp. Assistenten, gebraucht werden kann; wie sich denn in diesem Sinne der Artikel 7. für den, der die Hülfe des Justiz-Commissarius nachsucht, des Ausdrucks „Partei" bedient, obwohl darunter auch ein Vertreter mitverstanden werden muß.

2. Hierzu tritt die ratio des Gesetzes. Liegt sie einmal darin, daß Rechtskenntnisse zur Abfassung der Beschwerdeschrift erforderlich seien, so muß ja der sonst zur Vertretung der Partei befugte Rechtsverständige eben so gut wie die rechtsverständige Partei selber, der Zuziehung eines Justiz-Commissarii überhoben sein. Und auch dieser Grund tritt gleich dem ersten für alle Arten der Vertreter, ohne Unterschied jenes Titels, also gleichmäßig für Vormünder, Generalbevollmächtigte, und die in §. 119 ff. Thl. I. Tit. 13. A. L. R. genannten Verwandten, Miteigenthümer u. s. w. ein.

Digitized by Google

Dennoch erhoben sich in der Praxis Zweifel über jene Befugniß rechtsverständiger Vertreter, zu deren Beseitigung der Justiz-Minister die Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 extrahirte, welche dahin lautet:

> Auf Ihren Bericht vom 19. v. M. ermächtige ich Sie nach Ihrem Antrage, die Gerichtsbehörden dahin anzuweisen, daß nach Inhalt des Artikel 7. der Deklaration vom 6. April v. J. ... unter den rechtsverständigen Privatpersonen, welchen die schriftliche Einreichung der Nichtigkeits-Beschwerde ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius gestattet ist, auch diejenigen zum Richteramt qualificirten Privatpersonen gehören, die als Stellvertreter der Partei in deren Prozessen aufzutreten gesetzlich befugt sind.

Diese Ordre spricht gegen die neuere Meinung, welche unter den Vertretern nur Vormünder, Väter, Ehemänner, also die oben als gesetzlich nothwendige Vertreter bezeichneten Personen begreift,

1. schon nach ihrem Zusammenhange mit der Deklaration von 1839 und nach ihrem Wortlaute. Die Ordre will ihrer Fassung nach sichtlich gegen eine zu beschränkte Auffassung des Artikels 7. sich erklären. Und doch würde, wenn die neuere Meinung richtig wäre, sie eine bedeutende Beschränkung der im Artikel 7. den rechtsverständigen prozeßführenden Privatpersonen insgemein gegebenen Befugniß enthalten. Diese Beschränkung ferner würde durch das „gesetzlich" vor „befugt" in einer gar versteckten und unserm gesetzgeberischen Styl fern liegenden Weise angedeutet worden sein, welchem Style gemäß vielmehr die beabsichtigte Limitation etwa dahin gefaßt sein würde: daß unter den rechtsverständigen Privatpersonen ... zwar auch Stellvertreter der Parteien gehören, aber nur diejenigen, welche für

Digitized by Google

sie aufzutreten gesetzlich befugt seien. Auch entspricht der Ausdruck „gesetzlich befugt," wenn man ihn mit der neuen Meinung ganz scharf nehmen und das „gesetzlich" besonders betonen will, doch nicht völlig der von ihr unter den Stellvertretern aufgestellten Scheidung. Denn zu den gesetzlich befugten Vertretern müßten doch auch wohl die im §. 25. Tit. 3. der Prozeß-Ordnung §. 119 ff. Thl. I. Tit. 13. A. L. R. genannten Personen gezählt werden, weil sie kraft einer allgemeinen gesetzlichen Vermuthung zur Vertretung zugelassen werden. Und anderer Seits ist für die Väter ꝛc. der Ausdruck „gesetzlich befugt" nicht einmal der bezeichnendste, da das Gesetz bei ihnen mehr die aus ihrer sonstigen Stellung zum Vertretenen hervorgehende Pflicht zur Vertretung hervorhebt.

2. Noch zweifelloser aber ergiebt sich, daß auf das Wort „gesetzlich" jenes Gewicht nicht zu legen sei, aus dem der Allerh. Cabinets-Ordre vorangehenden Berichte, so wie aus der ihr folgenden, an die Gerichte erlassenen Verfügung des Justiz-Ministers. Der aus dem Justiz-Ministerium zu der vorliegenden Frage abschriftlich mitgetheilte Bericht vom 19. März 1840 bemerkt: es sei in Frage gestellt worden, ob die Ausnahme (zu Gunsten der rechtsverständigen Privatpersonen) im Artikel 7. der Deklaration auch denjenigen zu Statten komme, welche nach den bestehenden prozessualischen Vorschriften auf Grund ausdrücklicher oder vermöge einer gesetzlichen oder vermutheten Vollmacht, wie Väter, Vormünder, Ehemänner, Verwalter, General-Mandatare, Parteien im Prozeß zu vertreten befugt sind, wenn sie zu den Rechtsverständigen gehören, und die Nichtigkeits-Beschwerde nicht für sich, sondern für diejenigen, welche sie vertreten, einlegen wollen.

Es wird dann ausgeführt, daß die Bejahung sich

Digitized by Google

von selbst aus den gedruckten Motiven zum Artikel 7. zu ergeben scheine, nach welchen denjenigen Rechtsverständigen, welche, auch ohne Justiz-Commissarien zu sein, in speziellen Fällen für Dritte in Prozessen aufzutreten befugt seien, ebenso wie einer rechtsverständigen Privatpartei selbst, die schriftliche Einreichung der Nichtigkeits-Beschwerde ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius gestattet sein müsse. Das Geheime Ober-Tribunal indessen (dessen gutachtliche Aeußerung der Justiz-Minister nämlich vorher erfordert hatte), heißt es weiter, glaube den Ausdruck „Privatpersonen" im Artikel 7. gleichbedeutend mit „Privatparteien" nehmen zu müssen, und wolle daher jene Befugniß nur den prozeßführenden rechtsverständigen Stellvertretern, welche nicht Justiz-Commissarien seien, gestatten. Dasselbe halte aber gleichfalls eine Bestimmung zur Beseitigung des Zweifels für wünschenswerth. Der Justiz-Minister bittet daher um die Allerhöchste Ermächtigung zu einer Anweisung an die Gerichte:

daß nach Inhalt des Artikel 7. ꝛc. die schriftliche Einreichung einer Nichtigkeits-Beschwerde ohne Zuziehung eines Justiz-Commissarius auch denjenigen zum Richteramte qualificirten Privatpersonen gestattet sein soll, welche als Stellvertreter einer Partei in deren Prozesse aufzutreten befugt sind.

Dieser Bericht ergiebt demnach:

a) daß der damals angeregte Zweifel nicht, wie der jetzt erhobene, dahin ging, ob die mehrerwähnte Befugniß nur einer Kategorie der rechtsverständigen Vertreter beigelegt sei oder allen, sondern dahin, ob sie nur den rechtsverständigen Parteien selber, oder auch ihren rechtsverständigen Vertretern und zwar insgemein beiwohne;

Digitized by Google

b) daß der Justiz-Minister den Artikel 7. der Deklaration nach dieser letztern Alternative auslegte, und in diesem Sinne die Gerichte anweisen zu dürfen beantragte.

Die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 4. April 1840 entspricht nun auch diesem Antrage. Sie wiederholt ihn in etwas umständlicher Fassung; sie hat namentlich für den Endpassus des Antrages: „welche als Stellvertreter ..... aufzutreten befugt sind," die Worte gewählt: „die als Stellvertreter ..... aufzutreten gesetzlich befugt sind."

Daß das hier hinzugekommene „gesetzlich" nicht zur Beschränkung des „befugt," sondern wie oben angenommen, zur Verstärkung des Begriffes dienen soll, wird nun nach dem Zusammenhalten mit dem Bericht noch klarer. Denn die Cabinets-Ordre ermächtigt den Justiz-Minister zu der Ertheilung einer Anweisung nicht etwa nur auf dessen Antrag, sondern nach dem Antrage; es wurde also keine Beschränkung, am wenigsten eine so wesentliche, wie nach der neuern Meinung eintreten müßte, beabsichtigt; zu geschweigen, daß bei der Klarheit und der ausführlichen Motivirung des ministeriellen-Antrages, ein davon abweichender Wille des Gesetzgebers sich in ganz anderen Wendungen ausgesprochen haben würde.

Es ist endlich auch gewiß, daß der Justiz-Minister in der Cabinets-Ordre eine unbedingte Gewährung seines Antrages erkannte. Denn in die Verfügung vom 7. April 1840 (Justiz-Minist.-Blatt 1840 S. 131. 132.), welche den Gerichtsbehörden die Cabinets-Ordre mittheilt, heißt es:

> Es ist in Frage gestellt worden, ob diese Ausnahme (die oben bezeichnete) auch denjenigen rechtsverständigen Privatpersonen zu statten komme, welche nach Vorschrift der Prozeß-Ordnung auf Grund einer ausdrücklichen oder vermutheten Vollmacht, oder vermöge einer ihnen gesetz-

Digitized by Google

lich obliegenden Pflicht als Väter, Vormünder, Ehemänner ꝛc., die Rechte der mit ihnen in diesem Verhältniß stehenden Parteien im Prozesse wahrzunehmen befugt sind, und die Nichtigkeits-Beschwerde nicht für sich, sondern für diejenigen, welche sie vertreten, einreichen wollen?

Nach Inhalt der beigefügten Allerh. Cabinets-Ordre vom 4. d. Mts. haben des Königs Majestät sich mit der bejahenden Entscheidung dieser Frage einverstanden zu erklären, und eine Anweisung der Gerichtsbehörden dahin zu genehmigen geruht ꝛc.

Die Frage ist hier ganz, wie in dem Berichte, so gestellt, daß die von dem Justiz-Minister gebilligte Ansicht sämmtlichen, nach dem Grunde der Vertretung zu scheidenden Kategorien der Vertreter, falls sie rechtsverständig, die fragliche Befugniß beigelegt. Nur die Fassung der Verfügung ist darin eine sorgfältigere, daß einmal für die Kategorien der ausdrücklichen und der vermutheten Vollmacht nicht, wie im Berichte, die einzelnen doch bei weitem nicht erschöpfenden Beispiele der General-Mandatare und Verwalter angeführt sind, und daß zweitens für die Väter ꝛc. ihre gesetzliche Pflicht gegen ihre Kinder ꝛc. als der Grund ihres Vertretungsrechts bezeichnet worden. Und mit dieser seiner Ansicht erklärt nun der Justiz-Minister die Allerh. Cabinets-Ordre, welche den Gerichtsbehörden zur Nachachtung mitgetheilt wird, für ganz übereinstimmend.

Hiernach erscheint es denn unbedenklich, daß das Wort „gesetzlich" nur für „rechtlich" zu nehmen, somit als ein, der Strenge nach allerdings pleonastischer Zusatz zu dem „befugt" zu betrachten ist. Das Streben der Gesetzes-Redactoren nach Deutlichkeit, wenn es bis zu dem superflua non nocent, fortgeht, hat hier wieder einmal exacte Ausleger, die ein Ueberflüssiges nicht vermuthen mögen, gerade

Digitized by Google

zu Zweifeln und Abweichungen von dem Sinne des Gesetzes geführt.

№ III.

Uebergang des Wohnungsrechts auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Subhastationen.

Beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlags-Bescheide muß der Adjudicatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Wohnungsrecht, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Licitation, noch durch die Adjudicatoria zur Bedingung gemacht worden, nichts destoweniger neben dem Kaufgelde übernehmen. Präjudiz No. 2520.

Allg. Ger. Ord. Anh. §. 401
Verordnung vom 4. März 1834 §. 16. Ges.-S. S. 39.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat in einem unter dem 25. Januar 1840 ergangenen Erkenntnisse den Grundsatz ausgesprochen:

daß ein in dem Hypothekenbuche eingetragenes Wohnungsrecht nicht zu denjenigen Forderungen gehöre, deren Löschung der Adjudicatar bei einer nothwendigen Subhastation nach Belegung der Kaufgelder fordern könne.

Dieser Grundsatz ist in dem Erkenntnisse darauf gestützt, daß unter „den Forderungen", von welchen der §. 401. des Anh. zur Allg. Ger.-Ord. spricht, nur persönliche Ansprüche zu verstehen sind, die erst durch die Eintragung die Qualität eines dinglichen Rechts erhalten, nicht aber eigentliche

Digitized by Google

Realberechtigungen, welche, wie Servituten oder Einschränkungen des Eigenthums, wozu das Wohnungsrecht gehört, schon durch die Besitzergreifung selbst den dinglichen Charakter erlangen, folglich von jedem Eigenthümer der Sache anerkannt werden müssen. In dem gedachten Erkenntnisse ist ausgeführt, daß durch den Verkauf des mit einem Wohnungsrechte belasteten Grundstücks im Wege der nothwendigen Subhastation, das durch dieses Wohnungsrecht beschränkte Eigenthum noch nicht in ein freies verwandelt werde, der neue Erwerber vielmehr, vorausgesetzt nur, daß derselbe bei Abgabe seines Gebots die Existenz des Wohnungsrechts gekannt habe, oder, was in der Wirkung gleich, das Wohnungsrecht in das Hypothekenbuch eingetragen ist, auf das Grundstück kein größeres Recht erlange, als der frühere Eigenthümer gehabt, der Erwerber mithin, selbst wenn er das Wohnungsrecht nicht ausdrücklich übernommen, dasselbe gegen sich gelten lassen müsse. Diese Annahme sei insbesondere dadurch gerechtfertigt, daß es sich bei einem Wohnungsrechte, als einer Einschränkung des Eigenthums, nicht von den auf einem Grundstücke haftenden Privatschulden und Verbindlichkeiten handele, über welche sich der §. 184 Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. verhält, das Wohnungsrecht vielmehr in den Gesichtspunkt der Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben, welche nicht allen Grundstücken derselben Art gemein sind, falle, bei solchen Privatdienstbarkeiten und Lasten aber schon die Kenntniß von solchen ausreiche, um die Vertretungs-Verbindlichkeit des Verkäufers auszuschließen.

Neuerlich ist bei dem vierten Senate des Ober-Tribunals ein gleicher Fall zur Entscheidung gekommen, in welchem es sich ebenfalls um die Frage handelt, ob der Adjudicatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation er-

Digitized by Google

standenen Grundstücke eingetragenes Wohnungsrecht, dessen Uebernahme ihm weder bei der Licitation, noch in dem Zuschlags-Bescheide zur Bedingung gemacht worden, nichts destoweniger neben dem Kaufgelde übernehmen müsse. In dem vierten Senate hat sich jedoch eine von der im zweiten Senate ergangenen Entscheidung abweichende Ansicht, also dahin geltend gemacht, daß dem Adjudicatar eine solche Verpflichtung gesetzlich nicht obliege. Zur Rechtfertigung dieses entgegengesetzten Grundsatzes ist die Ansicht vertheidigt, daß unter „den Forderungen", deren Löschung nach belegtem Kaufgelde gefordert werden können, nicht bloß die in der dritten Rubrik verzeichneten Hypotheken zu verstehen sind, dahin vielmehr auch andere Privatansprüche gerechnet werden müßten, zu deren Deckung oder Entgeltung sich, wie dies namentlich bei dem Wohnungsrechte der Fall ist, ein bestimmtes Capital auswerfen und von den Kaufgeldern auf die Dauer der Berechtigung des betreffenden Interessenten zurückbehalten lasse. Dem §. 183. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. ist auf die Entscheidung der vorliegenden Frage überhaupt kein Einfluß gestattet, dagegen in den §§. 358 und 350 Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. ein Stützpunkt für die von dem vierten Senat vertheidigte Ansicht gefunden.

Bei dem hiernach vorliegenden Conflict ist die Frage:

ob der Adjudicatar ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Wohnungsrecht, dessen Uebernahme ihm weder bei der Licitation, noch durch den Adjudications-Bescheid zur Bedingung gemacht ist, noch neben dem Kaufgelde übernehmen muß?

dem Plenum des Ober-Tribunals zur Entscheidung überwiesen worden und von diesem in der Sitzung vom 15. Mai 1854 in der Art entschieden, wie in der Ueberschrift angegeben ist.

Digitized by Google

Gründe.

Es handelt sich um ein, bei käuflicher Ueberlassung eines Grundstücks vorbehaltenes, auf bestimmte Räume angewiesenes und Rubr. II. eingetragenes Wohnungsrecht. Ein solches Recht wird gemeinrechtlich, theils als Servitut (habitatio, usus), theils als Reallast betrachtet, so daß die entsprechende Verbindlichkeit mit dem Grundstück selbst auf jeden dritten Besitzer übergeht und nicht einmal durch nothwendige Subhastation erlischt, wovon eine Ausnahme nur insofern eintritt, wenn vermöge eines Pfandrechts, welches älter als das Wohnungsrecht ist, auf Subhastation angetragen wird. Ein solcher älterer Pfandgläubiger kann nämlich, sobald er nachzuweisen vermag, daß bei dem Verkaufe des Grundstücks mit dem Wohnungsrechte durch den zu erwartenden Kaufpreis seine Forderung nicht vollständig werde gedeckt werden, verlangen, daß das Grundstück ohne das Wohnungsrecht feil geboten werde. Ist es zweifelhaft, ob bei Versteigerung des Grundstücks mit dem Wohnungsrechte die ältere Hypothek durch die zu erwartenden Kaufgelder werde befriedigt werden, so ist das Grundstück zwiefach, einmal mit dem Wohnungsrechte, und dann ohne dasselbe auszubieten, so daß, wenn das Gebot auf das mit dem Wohnungsrechte feilgebotene Grundstück die Forderung des älteren Hypotheken-Gläubigers vollständig deckt, es dabei bewendet, in dem entgegengesetzten Falle aber das zweite Ausgebot gilt. Ist es aber ein jüngerer Hypotheken-Gläubiger, welcher die Subhastation beantragt, so hat die Permanenz des Wohnungsrechts keinen Anstand; es kann nicht mehr Recht am Grundstück verkauft werden, als der Eigenthümer daran hatte, und der jüngere Hypotheken-Gläubiger muß dem vorher bestellten Wohnungsrechte nachstehen.

Danz, Handbuch Band V. §. 522a.

Digitized by Google

Mittermaier, Deutsches Privatrecht §. 174. S. 474.
Curtius, Civilrecht §. 1114. S. 425.
Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. IV. S. 139 und 193. und Bd. VIII. S. 312. und 329.
Holtzschuher, Casuistik Bd. II. Abthl. 1. S. 327. und Abthl. 2. S. 689.
Buddeus in Weiske's Rechtslexicon Bd. 1. S. 530.
Hänsel, Lehre vom Auszug S. 7. 83. 131. 135.

Von diesen, mit seltener Uebereinstimmung in der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts anerkannten Grundsätzen weicht auch unsere Gesetzgebung nicht ab. Nach dieser läßt sich das hier in Frage stehende Wohnungsrecht ebenfalls theils als Servitut (§§. 22. ff. Tit. 19. Thl. I. A. L. R.), theils als Reallast auffassen, d. h. als ein, die Dispositionsbefugnisse und das Nutzungsrecht des Eigenthümers beschränkendes dingliches Recht, welches nicht, wie die Hypothek, accessorium einer obligatio ist (Entsch. Bd. 16. S. 200, Bd. 18. S. 319, Bd. 20. S. 200, Bd. 26. S. 28 und Arnsberger Archiv, Jahrgang XV. S. 616).

Es handelt sich dabei nicht um die Constituirung eines accessorischen dinglichen Rechts zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechts, vielmehr ist dieses Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches, indem die entsprechende Verpflichtung, die Reallast mit dem Besitze einer bestimmten Sache, verbunden sein soll. Die Eintragung bezweckt daher, die Dinglichkeit des Rechts für jeden Besitzer der belasteten Sache erkennbar zu machen, den Uebergang der Verpflichtung auf jeden Besitzer zu vermitteln. Darum wird eine solche, wie die Hypotheken-Ordnung Tit. I. §. 50. sich ausdrückt:

„das Eigenthum des Besitzers und dessen Wirkungen limitirende Befugniß"

Digitized by Google

nicht in die dritte, sondern in die zweite Rubrik des Hypotheken-Blattes und nicht auf etwaige Hypotheken-Bestellung des Verpflichteten, sondern von Amtswegen, resp. auf einseitigen Antrag des Berechtigten eingetragen (§§. 80. 124. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung und Gesetz-Samml. von 1853. S. 529. §. 28.). — Dieser Unterschied zwischen der Reallast und der Hypothek tritt insbesondere auch bei der Subhastation des damit beschwerten Grundstücks hervor. Die Hypothek kann im Falle eines solchen Verkaufes nicht auf den Adjudicatar ohne Weiteres übergehen, sondern muß gelöscht werden, sobald die Zahlung des Kaufgeldes erfolgt ist, sei es nun, daß sämmtliche Hypotheken-Gläubiger aus dem Kaufgelde befriedigt werden, oder daß sie, weil dasselbe durch die Forderungen bevorzugterer Hypotheken-Gläubiger erschöpft wird, theilweise leer ausgehen.

Anders verhält es sich mit dem Rubr. II. eingetragenen Wohnungsrechte. Dieses ist durch die Eintragung auf das Grundstück nicht bloß sicher gestellt, sondern ruht darauf selbst und schränkt das Recht des Eigenthümers, indem es ihm einen Theil des Grundstücks entzieht, ein. Der Käufer muß das Grundstück mit dieser im Hypothenbuche vermerkten Beschränkung des Eigenthums übernehmen. Denn, theils ist es gerade der Zweck ihrer Eintragung, daß sie auf jeden Erwerber des Grundstücks übergehen soll, theils kann dieser nicht mehr Rechte daran erwerben, als der Eigenthümer daran hatte, also auch nicht die Rechte, welche demselben durch die mittelst der Eintragung veröffentlichte Beschränkung entzogen sind. Im Allgemeinen stellt vielmehr die zweite Rubrik des Hypotheken-Blattes gerade die Beschaffenheit des Grundstückes fest, worin ohne Zuthun des Berechtigten nichts geändert werden kann und in welcher auch der Erwerber nur dasselbe überkommt. Daß der Er-

Digitized by Google

werb durch Subhastation vermittelt worden, ist in dieser Beziehung ohne Einfluß. Für das eingetragene Wohnungsrecht ist die Subhastation ein gleichgültiges Ereigniß, welches die Natur desselben nicht ändert und seine dauernde Eigenschaft nicht flüssig und ablöslich werden läßt. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn das Wohnungsrecht mit einem älteren Hypothekenrechte collidirt. Dieser ältere Gläubiger kann zwar an dem Grundstücke nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen, als der verpfändende Eigenthümer selbst; der Letztere durfte aber nach einmal bestellter Hypothek das Recht des Hypotheken-Gläubigers nicht schmälern und demselben insbesondere nicht ein Hinderniß in der Ausübung der seinem Hypothekenrechte anklebenden Distractions-Befugniß in den Weg legen. Der Wohnungsberechtigte kann daher sein Recht nicht geltend machen, wenn er dadurch beim Zusammentreffen mit einem früheren hypothekarischen Gläubiger diesen mit den ihm zu seiner Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke gesetzlich zustehenden Mitteln beschränken würde; er kann daher auch nicht hindern, daß das Grundstück ohne das Wohnungsrecht zum Verkaufe gebracht werde, wenn es sich ergiebt, daß die Verbindlichkeit zur Uebernahme desselben von Seiten des Käufers den zu erlangenden Kaufpreis soweit herabdrücke, daß derselbe zur vollen Befriedigung jenes hypothekarischen Gläubigers nicht ausreicht. Tritt aber ein solcher Fall ein, so liegt es in der Natur der Sache, daß der bevorzugte Hypotheken-Gläubiger das Ausgebot des Grundstücks ohne das Wohnungsrecht speciell beantragen muß, und wenn diese Bedingung die Unterlage der Licitation und des Zuschlages bildet, so kann auch von einer Verpflichtung des Erstehers, für das Wohnungsrecht zu haften, nicht weiter die Rede sein.

Die vorstehende Ausführung führt hinsichtlich des Woh-

Digitized by Google

nungsrechtes zu demselben Resultate, welches der Plenar-Beschluß vom 22. April 1844 (Entscheid. Bd. 10. S. 12. ff.) festgestellt hat. Nach seinem Wortlaute hat zwar dieser Plenar-Beschluß nur darüber entschieden, ob die aus besonderen Contracten oder sonstigen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragenen beständigen Lasten auf den Adjudicatar übergehen. Diese Entscheidung beruht aber ganz eigentlich darauf, daß die, wenn auch aus speciellen Rechtstiteln hervorgegangenen dauernden Lasten durch die Eintragung mit dem Grundstücke verbunden sind und solche Lasten nicht zu denjenigen Forderungen gerechnet werden konnten, deren Löschung nach Berichtigung des Kaufgeldes zu fordern der Adjudicatar ein Recht habe, da hierunter nur solche Forderungen zu verstehen sind, welche vom Hause aus auf dereinstige Auszahlung und Tilgung gerichtet sind, und für welche das Grundstück nur accessorisch als Pfand haftet. Nicht anders verhält es sich aber mit dem auf einem speciellen Rechtstitel beruhenden eingetragenen Wohnungsrecht, da auch ein solches durch die Eintragung mit dem Grundstücke dinglich verbunden ist und, wie einleuchtet, nicht zu denjenigen Forderungen zu rechnen ist, welche nach der Ausführung in dem gedachten Plenar-Beschlusse durch die nothwendige Subhastation erlöschen.

Es ist zwar eingewandt, daß sich der Plenar-Beschluß vom 22. April 1844 nur auf solche Lasten beziehe, welche fortdauernd mit einem Grundstücke verbunden sind, also auf solche, welche im §. 183. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. mit Privatdienstbarkeiten auf gleiche Linie gestellt sind, und unter Privatdienstbarkeiten nur solche verstanden werden könnten, welche wie Prädial-Servituten und Grundgerechtigkeiten dauernd an dem Grundstücke haften, und durch welche die Qualität des Grundstücks, das Eigenthum an solchem dau-

Digitized by Google

ernd modificirt wird, daß sich dies aber nicht von einem bloß auf Lebenszeit oder auf kürzere Zeit bestellten Wohnungsrechte behaupten lasse; ein solches vielmehr, da dasselbe auf einem Privatvertrage beruht, unter den Begriff der Privatschulden und Verbindlichkeiten falle, welche nach dem §. 184. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. auf den Käufer übergehen, wenn er dieselben ausdrücklich übernommen hat. Diese Auffassung ist indessen nicht für richtig anzuerkennen. Bei Entscheidung der vorliegenden Frage kann auf die §§. 183. und folg. Thl. I. Tit. II. A. L. R. schon überhaupt nicht zurückgegangen werden, da diese Vorschriften lediglich das Verhältniß des Käufers dem Verkäufer gegenüber betreffen, das Verhältniß des Ersten gegen den Wohnungsberechtigten aber dadurch nicht berühret wird. Will man indessen diesen Vorschriften, wie dies in dem Plenar-Beschlusse vom 22. April 1844 geschehen, eine analoge Anwendung geben, so kann das Wohnungsrecht nur unter den §. 183. subsummirt werden, da es sich, wenn auch nicht von einer Servitut, jedenfalls von einem Servitut ähnlichen Verhältnisse, welches mit der Servitut gleiche rechtliche Natur hat, handelt, der §. 184. aber nur auf Forderungsrechte zu beziehen ist, welche ein rein obligatorisches Verhältniß darstellen. Auf dingliche Rechte, welche wie das Wohnungsrecht als losgelöste Theile des Eigenthums aufzufassen sind, läßt sich daher der §. 184. nicht anwenden. Daß das Wohnungsrecht, mindestens in der Mehrzahl der Fälle seiner Dauer nach, auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, kann in der Natur des Rechts nichts ändern und um so weniger von Einfluß sein, da sehr wohl denkbar ist, daß ein solches Wohnungsrecht für alle Zeiten constituirt wird, wie beispielsweise geschehen würde, wenn das Wohnungsrecht einer moralischen Person oder zu einem beständig fortwirkenden Zwecke eingeräumt worden. Wird

Digitized by Google

daher behauptet, daß ein solches von dem Eigenthum losgelöstes dingliches Recht, selbst wider den Willen des Berechtigten, in die über das Grundstück eingeleitete Subhastation hineingezogen und das Grundstück befreit von dem Wohnungsrecht zum Verkauf gestellt werden könne, so müßte vor Allem der Rechtsgrund nachgewiesen werden, vermöge dessen der Berechtigte, wiewohl er nach der Natur seines Rechts einen begründeten Anspruch auf den Gebrauch der Natural-Wohnung selbst hat, verpflichtet sein solle, sich wegen dieses Rechts in Gelde abfinden zu lassen. Ein solcher Rechtsgrund ist aber nicht aufzufinden, im Allgemeinen auch nicht vorhanden und eine Ausnahme hiervon nur dann zu behaupten, wenn das eingetragene Wohnungsrecht mit einer älteren Hypothek in Collision tritt.

Außerdem ist zwar für die neuere Ansicht darauf hingewiesen, daß der Adjudicatar durch Kündigung ein bestehendes Pacht- und Miethsverhältniß beseitigen dürfe, wobei ebenfalls ein dingliches Recht erlösche. Allein abgesehen von dem Unterschiede, welcher zwischen einem zeitweisen und einem lebenslänglichen Wohnungsrechte obwaltet, so darf auch der Pächter und Miether, der sein Recht Rubr. II. hat eintragen lassen, dasselbe gegen die postlocirten Hypotheken-Gläubiger und die von diesen veranlaßte Subhastation behaupten, während er bei einer aus anderen Gründen, als auf Antrag solcher Gläubiger erfolgenden Subhastation nach §. 356. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. nur mit seinen Entschädigungs-Ansprüchen den postlocirten Gläubigern vorgeht (Entsch. Bd. 11. S. 328.).

Digitized by Google

№ IV.

Nachweis der Verpflichtung eines Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben.

Das von dem Besitzer eines Grundstücks in einer öffentlichen Urkunde abgegebene Anerkenntniß, daß dasselbe zu Besitz-Veränderungs-Abgaben verpflichtet sei, verbindet die Besitznachfolger desselben auch dann, wenn die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben in dem Hypothekenbuche des Grundstücks nicht eingetragen ist. Präjudiz No. 2526.

Gesetz vom 2. März 1850 §. 40. (Ges.-Samml. S. 90.)

Die Frage: ob eine bestimmte Rustikalstelle laudemialpflichtig sei oder nicht? hat, zumal in Schlesien, von jeher zu zahllosen Prozessen Veranlassung gegeben, die denn auch beim Mangel bestimmter und klarer gesetzlicher Vorschriften sehr verschiedenartig entschieden worden sind. Außer anderen streitigen Punkten hatten sich bei den Gerichten namentlich darüber abweichende Meinungen gebildet:

ob und event. in wie weit die Laudemialpflichtigkeit eines derartigen Grundstücks durch Observanz, sei es nun eine Local- oder eine Fundal-Observanz dargethan werden könne? (vergl. Schlesisches Archiv von Koch Bd. 5. S. 3 ff.)

und

ob zu diesem Zwecke ein bloßes Anerkenntniß, ohne Angabe des Entstehungsgrundes hinreiche? (vergl. Entscheidungen Bd. 11. S. 345 ff.)

Diese Zweifel hat nun zwar der §. 40. des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung

Digitized by Google

der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850 dahin entschieden:

Der Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, kann fortan durch Berufung auf Observanz nicht mehr geführt werden. Dagegen genügt es zu diesem Nachweis, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes derselben, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Selbst ein solches Anerkenntniß kann jedoch die Fortdauer solcher Besitzveränderungs-Abgaben, welche nach §§. 36. bis 38. unbedingt aufgehoben sind, nicht bewirken.

Aber auch bei der Anwendung dieser neuern Vorschrift sind wiederum Bedenken darüber entstanden, ob ein solches Anerkenntniß den nachfolgenden Besitzer auch dann verbinde, wenn die Verpflichtung des Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben im Hypothekenbuche nicht eingetragen ist?

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat diese Frage in zweien, unter dem 21. September und 9. December 1852 ergangenen Erkenntnissen bejaht. In Folge dessen ist unter No. 2423. des Präjudizien-Buches der Grundsatz eingetragen:

Die Wirkung eines solchen Anerkenntnisses, welches nach §. 40. des Gesetzes vom 2. März 1850 für den Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, genügen soll, hängt auch, dessen dritten Besitzer gegenüber, von der Eintragung der Besitzveränderungs-Abgabe in das Hypothekenbuch des belasteten Grundstücks nicht ab.

Im Widerspruche hiermit ist dagegen in einem bei demselbem Senate unter dem 17. December 1850 ergangenen Erkenntnisse der Grundsatz ausgesprochen, daß Anerkenntnisse von Vorbesitzern bei ermangelnder Eintragung kein dingliches Recht begründen.

Neuerlich ist dieselbe Frage bei dem zweiten Senate

Digitized by Google

zur Entscheidung gekommen; der zweite Senat will auch jetzt den in den Erkenntnissen vom 21. September und 9. December 1852 aufgestellten Grundsatz aufrecht erhalten. Da jedoch ein Conflict mit dem Erkenntnisse vom 17. December 1850 angenommen ist, so ist dem Plenum des Ober-Tribunals die Frage zur Entschreidung überwiesen worden:

Ob der im §. 40. des Gesetzes vom 2. März 1850 vorgezeichnete Nachweis auch dann genüge, wenn die Verpflichtung eines Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben in dessen Hypothekenbuche nicht eingetragen ist?

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß es bei der zu entscheidenden Frage wesentlich auf die unterbliebene Eintragung der Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben in das Hypothekenbuch ankommt. Von der Streitfrage bleiben daher alle diejenigen Fälle unberührt, in welchen schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die auf das Grundstück gelegte Verpflichtung auch ohne Eintragung von jedem dritten Besitzer anerkannt werden muß, wie beispielsweise der Fall ist, wenn die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben im Sinne des §. 48. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung als gemeine Last zu betrachten oder der diesfallsige Verpflichtung der Charakter der Dinglichkeit unmittelbar durch das Gesetz beigelegt ist (§. 714. Thl. I. Tit. 18. A. L. R.), oder wenn der neue Erwerber die diesfallsige Verpflichtung entweder ausdrücklich übernommen (§. 3. Thl. I. Tit 19. A. L. R.), oder von derselben zur Zeit der Besitzergreifung Kenntniß gehabt hat (§. 5. a. a. O.). Die eigentliche Bedeutung der Streitfrage tritt sonach in dem Falle entgegen, wenn die Verpflichtung zur Leistung von Besitzveränderungs Abgaben durch einen speciellen Rechtstitel begründet, in das Hypothekenbuch aber nicht eingetragen, von dem dritten Erwerber des Grundstücks nicht über-

Digitized by Google

nommen ist und ihm eben so wenig Kenntniß von derselben beigewohnt hat.

Insofern die hiernach zur Entscheidung vorliegende Frage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten wäre, würde, wie nicht zweifelhaft sein kann, die Thatsache, daß irgend ein Vorbesitzer die auf das Grundstück gelegte Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben anerkannt habe, für sich allein nicht ausreichen, das dieser Verpflichtung entsprechende Recht als ein solches darzustellen, welches gegen jeden Besitzer der belasteten Sache unbedingt von Wirkung ist. Wesentlich kommt es also darauf an, ob und in wie weit der §. 40. des Gesetzes vom 2. März 1850 von diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Ausnahme gemacht habe. In dieser Beziehung ist behauptet worden, daß das Gesetz nicht berechtige, eine derartige Ausnahme zu begründen, und es ist diese Ansicht in folgender Weise zu begründen gesucht worden:

Daß das von irgend einem Vorbesitzer abgegebene Anerkenntniß der Verpflichtung des Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben ausreichen solle, diese Verpflichtung zu einer dinglichen, von jedem Besitzer zu erfüllenden umzuschaffen, und daß in solchem Falle die unterbliebene Eintragung etwas Gleichgültiges sein solle, sei in dem §. 40. des Gesetzes vom 2. März 1850 ausdrücklich nicht ausgesprochen. Das Gesetz beschränke sich vielmehr in seinem Wortlaute nur auf die Bestimmung, es solle zum Nachweise, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet sei, genügen, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes, in einer öffentlichen Urkunde anerkenne. Nach diesen Bestimmungen sei allerdings zweifellos, daß das Anerkenntniß irgend eines Vorbesitzers ausreiche, um

Digitized by Google

festzustellen, daß die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben auf das Grundstück gelegt sei, es solle also dadurch jede weitere Ermittelung über den Ursprung dieser Abgabe entbehrlich gemacht wurden. Diese Feststellung sei aber für sich allein nicht ausreichend, um jeden Nachfolger im Besitze des Grundstücks zur Leistung der auf das Grundstück gelegten Abgabe zu verpflichten; in dem Falle, um welchen es sich handle, daß diese Verpflichtung auf einem speciellen Rechtstitel beruhe, müsse vielmehr, um das dieser Verpflichtung entsprechende Recht als ein dingliches darzustellen, die nach den §§. 136. und 137. Tit. 2. Thl. I. A. L. R. und nach §. 49. Tit. I. der Hypoth.-Ord. nothwendige Eintragung hinzutreten. Hätte dieser allgemeine, mit der bestehenden Hypotheken-Verfassung auf das Innigste verbundene Grundsatz aufgehoben werden sollen, und wäre es beabsichtigt in dem vorausgesetzten Falle die unterbliebene Eintragung durch das von irgend einem Vorbesitzer abgegebene Anerkenntniß entbehrlich zu machen, so hätte dies in dem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Dies sei aber in dem §. 40. des Gesetzes vom 2. März 1850 nicht geschehen, das Gesetz habe sich vielmehr nur auf die Bestimmung beschränkt, daß durch ein derartiges Anerkenntniß die Belastung des Grundstücks mit der Besitzveränderungs-Abgabe festgestellt werden könne. Das diesfallsige Anerkenntniß solle sonach die Vorlegung desjenigen Vertrages vertreten, durch welchen ursprünglich die Verpflichtung zu der Besitzveränderungs-Abgabe begründet worden. So wenig aber die Vorlegung eines solchen Vertrages selbst, vorausgesetzt nur, daß der dritte Besitzer nicht schon vor oder bei der Besitzergreifung des Grundstücks von solchem Vertrage Kenntniß gehabt, berechtigen

Digitized by Google

würde, den dritten Besitzer zu der nicht eingetragenen und von ihm nicht übernommenen Abgabe zu verpflichten, so könne auch dem die Stelle des Urvertrages vertretenden Anerkenntnisse des Vorbesitzers eine solche Wirkung nicht beigelegt werden. Daß es sich in dem §. 40. a. a. O. von Grundabgaben handele, daß in demselben zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Besitzveränderungs-Abgaben nicht unterschieden sei, und daß die neu aufgestellte Beweisregel an die Stelle der durch das Gesetz außer Kraft gesetzten Berufung auf Observanz getreten sei, dies berechtige nicht, der Annahme Raum zu geben, daß der Gesetzgeber dem Anerkenntnisse eines Vorbesitzers unbedingte Wirkung gegen jeden Besitznachfolger habe beilegen wollen. Eine solche Folgerung würde sich allenfalls rechtfertigen lassen, wenn die im §. 40. a. a. O. neu aufgestellte Beweisregel nur unter dieser Voraussetzung Wirkung und Bedeutung haben könnte. So verhalte es sich aber nicht; für die Anwendung des neu gebildeten Beweismittels bleibe vielmehr noch ein sehr weites Feld in allen den Fällen, in denen es sich um Besitzveränderungs-Abgaben handele, welchen der Charakter der Dinglichkeit unmittelbar durch das Gesetz beigelegt sei, oder von solchen, welche unter den Begriff der gemeinen Last fallen, vor allem aber in dem Falle, wenn die Frage davon sei, ob der Erwerber des Grundstücks erweislich Kenntniß von der auf dasselbe gelegten Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben gehabt habe. Was an die Stelle der Berufung auf Observanz getreten, sei eben nur die von der allgemeinen Beweistheorie abweichende Regel, nach welcher das in einer öffentlichen Urkunde niedergelegte Anerkenntniß der Verpflichtung von Seiten irgend eines Besitzers genügen soll, die Existenz

Digitized by Google

der Verpflichtung festzustellen, selbst wenn der Rechtsgrund nicht angegeben ist. Weitere Folgen ließen sich aber hieraus nicht ableiten, am wenigsten könne man sich berechtigt halten, daraus, daß der Gesetzgeber eine solche an sich abnorme Beweisregel aufgestellt habe, folgern zu wollen, daß damit indirect auch ein materieller, die ganze Gesetzgebung durchdringender Grundsatz über Entstehung und Wirkung des dinglichen Rechts habe beseitigt werden sollen. Die von der Regierung vorgelegten Motive zu dem Gesetze, so wie die über das Gesetz stattgefundenen Verhandlungen in den Kammern ließen auch nicht entnehmen, daß dies beabsichtigt sei. Im Gegentheil ergebe sich aus denselben, daß die Bestimmung im §. 40., nach welcher das Anerkenntniß eines Besitzers, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes, ausreichen sollte, die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben festzustellen, lediglich als Beweismittel für die Existenz der Verpflichtung aufgefaßt worden sei. Davon, daß diese Bestimmung auch darauf berechnet sei, die Wirkung der unterbliebenen Eintragung, wenn solche zur Begründung eines dinglichen, gegen jeden Besitzer wirksamen Rechts erforderlich sei, aufzuheben, sei in den Motiven des Gesetzes und in den Kammer-Verhandlungen nicht die entfernteste Andeutung zu finden. Es würde sich daher nicht rechtfertigen lassen, einen solchen Grundsatz in das Gesetz hineinzulegen. Durch die neu aufgestellte Beweisregel sei dem Berechtigten der, im Vergleiche zu der bis dahin bestandenen Gesetzgebung nicht hoch genug zu veranschlagende Vortheil verschafft, daß derselbe bei der Hypotheken-Behörde werde antragen können, auf Grund des von irgend einem Vorbesitzer in einer öffentlichen Urkunde niedergelegten Anerkenntnisses die Eintragung des hierdurch nach seiner

Digitized by Google

rechtlichen Existenz festgestellten Rechts zu bewirken. Dadurch sei dem Berechtigten der Weg gewiesen, das ihm zustehende Recht auch gegen jeden dritten Besitzer des Grundstücks sich zu wahren, damit werde er sich aber auch begnügen müssen. Der Verlust, welcher dem Berechtigten dadurch erwachse, daß die Berufung auf Observanzen fortan nicht mehr stattfinden solle, sei dadurch reichlich aufgewogen, zumal bekannt genug sei, daß die Berufung auf Observanzen so gut wie gar keine entsprechende Resultate gewährt habe.

Das Plenum des Ober-Tribunals hat indessen die in solcher Weise vertheidigte Ansicht für begründet nicht anerkannt, vielmehr in der Sitzung vom 19. Juni 1854 den im Eingange aufgestellten Rechtsgrundsatz zum Beschlusse erhoben.

Gründe.

Der zweite Abschnitt des Gesetzes vom 2. März 1850 handelt von der Ablösung der Reallasten und stellt im Tit. I. §. 6. die Regel auf:

Alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften (Reallasten) sind nach den Vorschriften dieses Abschnittes ablösbar.

Nachdem in den folgenden Tit. II. bis V. von Diensten, festen Abgaben in Körnern, festen, nicht in Körnern bestehenden, Natural-Abgaben und Natural-Fruchtzehnten gehandelt ist, geht der Tit. VI. zu den Besitzveränderungs-Abgaben über. Zunächst bestimmen hier die §§. 36—39. welche Arten von Besitzveränderungs-Abgaben — Laudemien u. s. w. — unbedingt aufgehoben werden, resp. fortfallen sollen; der folgende §. 40. entscheidet sodann die wichtigsten bisherigen Controversen über die Art und Weise, wie die Laudemialpflichtigkeit einer bestimmten Rustikalstelle dargethan werden könne, dahin:

Digitized by Google

Der Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, kann fortan durch Berufung auf Observanz nicht mehr geführt werden. Dagegen genügt es zu diesem Nachweis, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes derselben, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Selbst ein solches Anerkenntniß kann jedoch die Fortdauer solcher Besitzveränderungs-Abgaben, welche nach §§. 36—38. unbedingt aufgehoben sind, nicht bewirken.

Den Erlaß einer solchen, von allen sonstigen Beweisregeln erheblich abweichenden Vorschrift rechtfertigen die Motive des Regierungs-Entwurfs aus dem dringenden Bedürfnisse dazu, das sich vornämlich in Schlesien herausgestellt habe. Es heißt daselbst:

Wenn auch die Observanz an sich ein zulässiges Beweismittel für das Dasein der Laudemialpflicht und selbst in mehreren Gesetzen ausdrücklich auf sie verwiesen worden ist, so haben doch bekanntlich von jeher die Meinungen, sowohl der Rechtslehrer, als der Richter, über den Begriff und die Erfordernisse einer Observanz, sowohl in abstracto als in concreto dergestalt geschwankt, daß in den desfallsigen Processen bei völliger Gleichartigkeit der Verhältnisse die allerverschiedensten Entscheidungen hervortreten, während anderer Seits urkundliche Beweismittel, z. B. Aufzeichnung der Berechtigungen und Verpflichtungen in den Erwerbs-Documenten, Anerkenntnisse darüber vor der Hypotheken-Behörde, bei den erkennenden Richtern nicht diejenige Beachtung fanden, welche ihnen das natürliche Rechtsgefühl der Interessenten, der Verpflichteten sowohl als der Berechtigten, entschieden beimißt.

Vom practischen Standpunkte scheint es daher gerechtfertigt, den Nachweis der Laudemialpflichtigkeit, welcher durch Berufung auf Observanz geführt werden soll,

Digitized by Google

nicht ferner zu gestatten. Dies bestimmt der Entwurf; zugleich aber fügt er, um auf der anderen Seite die Beweismittel der Berechtigten wiederum zu ergänzen, die Vorschrift hinzu, daß es zu dem Nachweise der Landemialpflichtigkeit genüge, wenn dieselbe von einem Besitzer des verpflichteten Grundstücks in einer öffentlichen Urkunde, wenn auch ohne Angabe des Rechtsgrundes, anerkannt worden sei. Dies Mittel empfiehlt sich offenbar als das natürlichste und zugleich um deshalb als das zweckentsprechendste, da solche Anerkenntnisse in der Regel gleichmäßig von den Gleichverpflichteten abgegeben worden sind, und auf diese Weise ein Hauptzweck — gleiche Entscheidungen bei gleichen Verpflichtungen herbeizuführen — erreicht wird.

Wie sich hieraus ergiebt, bestand die Aufgabe, welche durch das zu erlassende Gesetz gelöst werden sollte, darin, eine Reihe von Zweifeln zu beseitigen, welche sich hinsichtlich der Reallasten ergeben hatten. Es sollte in so weit ein fester und gesicherter Rechtszustand herbeigeführt werden, und um zu diesem Ziele zu gelangen, ist zwischen den Berechtigten und den Verpflichteten eine Art von Compromiß getroffen; es sind einer Seits den Verpflichteten mehrfache Erleichterungen zu Theil geworden, anderer Seits sind zu deren Ausgleichung den Berechtigten Begünstigungen zugestanden. Hiervon muß ausgegangen werden, und es kann eben deshalb, will man nicht zu unberechtigten Resultaten gelangen, nicht zulässig sein, auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen und von diesen Grundsätzen aus, das Gesetz in seinen einzelnen Bestimmungen zu deuten. Diese Rücksicht darf insbesondere auch bei der Deutung des §. 40. nicht aus den Augen gesetzt werden. Es ist vor Allem festzuhalten, daß der zweite Abschnitt des Gesetzes vom 2. März 1850 von Ablösung der Reallasten handlet und im Tit. I. §. 6.

Digitized by Google

die Regel aufstellt, daß alle beständigen Abgaben und Lasten, welche auf eigenthümlichen oder bisher erbpachtweise oder erbzinsweise besessenen Grundstücken haften (Reallasten) ablösbar sind. Das Gesetz handelt sonach von Reallasten, also von solchen, welche jeder Besitzer des mit solchen behafteten Grundstücks anerkennen muß. In diesem Sinne müssen auch die folgenden Bestimmungen, insbesondere der sich hieran anschließende §. 40, mithin dahin verstanden werden, daß es sich im §. 40. von Feststellung der Laudemial-Verpflichtung als Reallast handelt. Wesentlich ist nun aber in dem §. 40. der Grundsatz ausgesprochen, daß fortan der Nachweis, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet sei, durch Berufung auf Observanzen nicht mehr soll geführt werden können, daß dagegen zu diesem Nachweise, also dazu, daß die Laudemial-Verpflichtung auf einem Grundstücke als Reallast hafte, genügen soll, wenn ein Besitzer des Grundstücks die Verpflichtung, auch ohne Angabe des Rechtsgrundes, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Das Anerkenntniß irgend eines Besitzers soll sonach in die Stelle der Berufung auf Observanzen treten, folglich dieselben Wirkungen und Folgen äußern, welche die Berufung auf Observanz gehabt haben würde. An sich kann nun aber nicht bezweifelt werden, daß diejenigen Besitzveränderungs-Abgaben, welche ihr Fundament in der Observanz haben, zu ihrer Wirksamkeit gegen jeden Besitzer der Eintragung in das Hypothekenbuch keineswegs bedurften. Es folgt dies aus der rechtlichen Natur der Local-Observanz; denn nur von dieser, nicht von der sogenannten fundal-Observanz, welche nach dem Plenar-Beschlusse vom 20. Februar 1846 überhaupt nicht geeignet ist, eine Verbindlichkeit zu Besitzveränderungs-Abgaben zu begründen, kann die Rede sein. Eine solche Local-Observanz setzt einen beständigen

Digitized by Google

Verband mehrerer Personen und einen gewissen gemeinsamen Zustand voraus, mit dessen Bildung sich die Rechte und Pflichten der einzelnen, einem solchen Verbande angehörigen Rechtssubjecte zugleich festgestellt haben. Bei einem in solcher Weise sich bildenden Rechtsverhältnisse kann es, um diese Wirkung gegen jeden, der sich diesem Verbande anschließt, zu äußern, nicht erst der Eintragung in das Hypothekenbuch bedürfen. Ist nun aber durch den §. 40. des Gesetzes die Berufung auf Observanzen abgeschnitten, folglich das Mittel versagt, dadurch die Dinglichkeit der Laudemial-Verpflichtung nachzuweisen, und ist an die Stelle dieses durch das Gesetz außer Wirkung gesetzten Mittels der Nachweis getreten, daß irgend ein Vorbesitzer die Laudemial-Verbindlichkeit des Grundstücks anerkannt hat, so folgt hieraus unabweislich, daß mit diesem gesetzlichen Surrogat dieselben Folgen und Wirkungen verbunden sein müssen, daß mithin durch ein solches Anerkenntniß für sich allein die Dinglichkeit der Laudemial-Verpflichtung festgestellt wird.

Wenn nach den Worten des Gesetzes ein derartiges Anerkenntniß zu dem Nachweise genügen soll, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, so wird eben hierdurch eine bestimmte Qualität des Grundstücks, die Laudemial-Verpflichtung desselben an sich, dargethan, die jeder fernere Besitzer wider sich gelten lassen muß. Wäre zu diesem letzteren Zwecke außerdem noch erforderlich, daß der neue Besitzer zur Zeit der Uebergabe von der Laudemialpflichtigkeit des erkauften Grundstücks unterrichtet gewesen sei (§. 5. Thl. I. Tit. 19. des A. L. R.), oder daß dieselbe im Hypothekenbuche vermerkt stände, so daß er sie nicht ignoriren durfte (§. 19. Thl. I. Tit. 4. und §. 493. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R.), so wäre durch den §. 40. nichts erheblich Neues und von den allgemeinen Grundsätzen über dingliche

Digitized by Google

und persönliche Rechte Abweichendes festgesetzt, namentlich aber den Berechtigten der Beweis ihrer Berechtigung keineswegs so wesentlich erleichtert worden, wie es — den Motiven zufolge — durch den zweiten Satz wirklich hat geschehen sollen, nachdem man ihnen im erstern Alinea ein wichtiges Beweismittel: die Berufung auf Observanz, fortan abgeschnitten hatte. Neben der Eintragung der Laudemialpflichtigkeit eines Grundstücks auf dessen Hypothekenfolio erscheint das Anerkenntniß des Besitzers offenbar überflüssig und nutzlos; schon durch jene allein, die sogar eine gerichtliche oder notarielle Genehmigung, also offenbar mehr wie das bloße Anerkenntniß in einer öffentlichen Urkunde erheischt, würde der Berechtigte seinen Anspruch auf Laudemien hinreichend nachweisen und der neue Acquirent zu deren Entrichtung verpflichtet werden. Freilich verliert dadurch allein, daß ein Anspruch in das Hypothekenbuch eingetragen ist, der Schuldner noch nicht die ihm sonst gegen dessen Gültigkeit zustehenden Einwendungen (§. 422. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R.), und es würde daher dem Stellenbesitzer selbst auch dann noch, wenn im Hypothekenbuche die Laudemialpflicht eingetragen wäre, immer die Befugniß zustehen, erforderlichen Falls im Wege des Processes auszuführen und darzuthun, daß sein Grundstück in der That zu Besitzveränderungs-Abgaben nicht verpflichtet, jene Eintragung also zur Ungebühr erfolgt und daher wieder zu löschen sei. Ein solcher Fall gehört jedoch bei der besonderen Sorgfalt, die das Gesetz den Hypotheken-Behörden bei der Prüfung von Eintragungsgesuchen zur Pflicht macht (§§. 12. 13. Tit. II. Hypoth. Ord.), erfahrungsmäßig zu den seltenen Ausnahmen, und es läßt sich nicht voraussetzen und deutet nichts darauf hin, daß der Gesetzgeber bei dem §. 40. a. a. O. gerade einen solchen besonderen Ausnahmefall vor

Digitized by Google

Augen gehabt habe; es muß vielmehr umgekehrt daraus gefolgert werden, daß er recht eigentlich den Fall hat vorsehen wollen, wo die Laudemialpflichtigkeit des Grundstücks nicht eingetragen ist und daß das von einem Besitzer in einer öffentlichen Urkunde abgegebene Anerkenntniß, daß sein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet sei, eben so wirksam sein solle, als wenn diese Verbindlichkeit im Hypothekenbuche eingetragen wäre.

Zu demselben Resultate, zu welchem man hiernach im Wege der Interpretation gelangt, führt aber auch der Wortlaut des Gesetzes hin:

> Zu dem Nachweise, daß ein Grundstück zu Besitzveränderungs-Abgaben verpflichtet ist, genügt es, wenn ein Besitzer die Verpflichtung ... anerkannt hat.

Es ist daher gleichgültig, welcher Besitzer dies Anerkenntniß abgegeben, namentlich macht es keinen Unterschied, ob dies vielleicht schon von einem früheren Besitzer geschehen ist. Hätte der Gesetzgeber dies nicht gewollt, also dem Anerkenntnisse eines Vorbesitzers nicht zugleich für alle nachfolgenden Besitzer verbindende Kraft beilegen, vielmehr die Wirkung des Anerkenntnisses nur auf die Person des Anerkennenden beschränken wollen, so hätte statt des unbestimmten Artikels „ein" Besitzer der bestimmtere Ausdruck „der Besitzer" gewählt werden müssen.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß durch diese Gesetzesvorschrift, nach welcher das Anerkenntniß irgend eines Besitzers des Grundstücks genügen soll, um die Verpflichtung des Grundstücks als solche gegen jeden Besitzer desselben festzustellen, in die allgemeine Rechtstheorie eingegriffen wird. Nach den vorliegenden Motiven und den über den Gesetzesentwurf in den Kammern stattgefundenen Verhand-

Digitized by Google

lungen ist aber nicht zu bezweifeln, daß dies von dem Gesetzgeber wirklich beabsichtigt worden ist.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß in der vorstehenden Ausführung nur von der rechtlichen Wirkung des von einem Vorbesitzer abgegebenen Anerkenntnisses im Allgemeinen die Rede ist. Ob aber ein solches Anerkenntniß die vorgedachte Wirkung unter allen Umständen beispielsweise auch dann haben kann, wenn in späteren Zeiten stets dagegen gehandelt worden, hierüber muß die Entscheidung dem concreten Falle vorbehalten bleiben.

№ 1.

Anfechtung eines Vertrages wegen Unkenntniß der Sprache, in welcher er verhandelt worden ist.

Auch bei gemeinen Landleuten, die der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, ist die Aufnahme desselben vor den Dorfgerichten mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers nicht hinreichend.

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 172. 173. 179 ff.

Zufolge dorfgerichtlicher Punktation vom 29. Juni 1852 verkauften und übergaben die Bauer S.schen Eheleute die Hälfte ihres Viertelbauerguts zu S. an ihren Sohn Bartholomäus und dessen Ehefrau, unter Vorbehalt eines Auszuges, für 200 Thlr. Zur gerichtlichen Aufnahme des Contracts vorgeladen, verweigerten sie dieselbe. Ihr Sohn klagte daher für sich und seine Ehefrau mit dem Antrage: sie zur Anerkennung des Kaufvertrages in eintragungsfähiger Form

Digitized by Google

zu verurtheilen. — Die Verklagten widersprachen, indem sie die Rechtsverbindlichkeit der Punktation bestritten. Sie wandten ein, daß sie nur der polnischen Sprache mächtig seien, und stellten die klägerische Behauptung in Abrede, bei der Vollziehung der nur in deutscher Sprache niedergeschriebenen Punktation von allen Theilen ihres Inhalts Kenntniß gehabt zu haben.

Nach erhobenem Beweise legte das Kreisgericht zu Falkenberg den klägerischen Eheleuten einen Eid dahin auf: daß die in der Punktation vom 29. Juni 1852 getroffenen Bestimmungen den von ihnen mit den Verklagten getroffenen Verabredungen gemäß niedergeschrieben worden seien, und machte von der Ableistung oder Ablehnung dieses Eides die Verurtheilung der Verklagten, resp. die Abweisung der Kläger abhängig. Hiergegen appellirten die Verklagten zwar; allein das Apellations-Gericht zu Ratibor bestätigte am 26. October 1853 das erste Erkenntniß mit einer hier nicht weiter interessirenden Maaßgabe, indem es seine Entscheidung folgendermaaßen begründete:

Die im §. 173. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. für Schreibensunkundige gegebene Bestimmung finde auch auf die der Sprache des Instruments Unkundigen Anwendung, da der §. 179. a. a. O. letztere jenen gleichstelle. Nach den §§. 180. u. ff. a. a. O. hätte aber bei Aufnahme der Punktation nicht nur ein Dolmetscher zugezogen, sondern auch eine Uebersetzung derselben den Verklagten zur Unterschrift vorgelegt werden sollen. Die Verabsäumung dieser Vorschriften habe nach §. 184. a. a. O. die Wirkung, daß die Richtigkeit des Vertrages anderweit nachgewiesen werden müsse. Der Beweis für die Uebereinstimmung der Punktation mit den von den Contrahenten verabredeten Bestimmungen sei nun durch die Aussagen der bereits in erster Instanz zeugeneidlich

Digitized by Google

vernommenen Mitglieder des Dorfgerichts und des Gerichtsschreibers so weit geführt, um die Kläger zu einem Erfüllungseide darüber verstatten zu können.

Diese Gründe griffen die Verklagten in der erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde mit dem Vorwurfe an, daß sie gegen die §§. 173. 179. 180. 182. 184. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. verstoßen, weil die Dorfgerichte die Verträge gemeiner Landleute nicht gültig aufnehmen könnten, sobald diese der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden solle, nicht mächtig seien, weshalb auch der §. 184. a. a. O. keine Anwendung habe finden dürfen.

Durch das bei dem dritten Senate des Ober-Tribunals unter dem 24. Mai 1854 ergangene Erkenntniß wurde denn auch das Appellations-Urtel vernichtet und in der Sache selbst die angestellte Klage zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat angenommen, daß gemeine Landleute in den Fällen, wo es eines schriftlichen Contracts bedarf, solchen vor den Dorfgerichten mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers auch alsdann rechtsgültig errichten können, wenn sie der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind. Er ist demzufolge der Ansicht, daß die in den §§. 180 ff. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. enthaltenen Vorschriften auch für solche dorfgerichtliche Verhandlungen maaßgebend seien.

Mit Recht finden die Imploranten hierin einen Verstoß gegen die §§. 173. 179. 180. 182. 184. a. a. O. Es bestimmen nämlich:

§. 172. Personen, die des Schreibens und Lesens unkundig oder durch einen Zufall am Schreiben verhindert sind, müssen in den Fällen, wo es eines schrift-

Digitized by Google

lichen Contracts bedarf, solchen gerichtlich oder vor einem Justiz-Commissario errichten.

§. 173. Bei gemeinen Landleuten dieser Art ist die Aufnehmung vor den Dorfgerichten mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers hinreichend.

§. 179. Wer der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig ist, wird Einem, der nicht schreiben kann, gleich geachtet. (§. 172.)

Hieraus folgert der Appellations-Richter, daß die im §. 173. für schreibensunkundige gemeine Landleute gegebene Bestimmung auch auf die im §. 179. bezeichneten Personen Anwendung finde. Er übersieht aber, daß der §. 179. nur den §. 172. allegirt. Durch diese Bezugnahme wird die Tragweite der Vorschrift näher bestimmt; es wird dadurch aber jener Schlußfolgerung entgegen getreten, daß die Gleichstellung nicht blos auf die Regel des §. 172. sich beziehe, sondern daß sie auch die Ausnahmebestimmungen des §. 173. umfasse. Als Ausnahmegesetz kann der §. 173. nur für den Fall Geltung haben, für welchen er ausdrücklich gegeben ist, sowie die singulären Vorschriften der §§. 180 ff. analoge Anwendung nicht zulassen.

Gegen die Annahme des Appellations-Richters spricht ferner die beschränkte Thätigkeit, die den Dorfgerichten in gerichtlichen Angelegenheiten zugewiesen ist. (Vergl. Justiz-Minist.-Blatt Jahrg. IV. S. 115., XII. S. 94., XVI. S. 206.). Es erfordert die Aufnahme von Verträgen solcher Personen, die der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, eine größere Gewandheit und Geschäftskenntniß, als die Gesetze bei den Dorfgerichten voraussetzen. — Auch die dem §. 173. zum Grunde liegende Voraussetzung, daß zumeist gemeine Landleute von

Digitized by Google

der Bestimmung des §. 172. betroffen werden, trifft bezüglich des §. 179. im Allgemeinen nicht zu. Endlich aber enthalten der §. 8. Tit. 2. und §. 10. Tit. 1. Thl. II. der Allg. Ger.-Ord. eine der Ansicht des Appellations-Richters entgegenstehende Deutung der §§. 173. u. 179. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. Daraus, daß in jenem §. 8. unter den Rechtshandlungen, deren Aufnahme von den Dorfgerichten genügend ist, nur die Verträge der des Schreibens und Lesens unkundigen gemeinen Landleute erwähnt, im §. 10. Thl. II. Tit. 1. aber, welcher die notariell oder gerichtlich abzufassenden Rechtsgeschäfte aufzählt, ausdrücklich die Verträge der Analphabeten und der Sprachunkundigen hervorgehoben werden, geht deutlich hervor, daß der §. 179. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. nicht auf den §. 173. a. a. O. zu beziehen ist.

Hiernach hat der Appellations-Richter den §. 179. unrichtig ausgelegt und die §§. 173. 180. 182. a. a. O. auf einen Fall angewendet, für den sie nicht gegeben sind. Dies hat die Vernichtung des zweiten Urtels zur Folge.

In der Hauptsache mußte auf die Appellation des Verklagten das erste Erkenntniß abgeändert und auf Abweisung des Klägers erkannt werden, da der Verklagte Bartholomäus S., wie feststeht, nur ungenügend, seine Ehefrau aber gar nicht der deutschen Sprache mächtig ist, die dorfgerichtliche Punktation vom 29. Juni 1852, auf deren gerichtliche oder notarielle Anerkennung geklagt ist, mithin wegen Formmangels für den Verklagten keine verbindliche Kraft hat.

Digitized by Google

№ 2.

Verpflichtung des unredlichen Besitzers.

Die im §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. ausgesprochene Verpflichtung zur Vergütung der fructus percipiendi trifft nicht jeden, der einem unredlichen Besitzer gleich zu achten ist, sondern nur den, welcher es wirklich weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre.

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 229. und 232.

Der Kläger Hauptmann v. R. hat im Jahre 1847 mittelst notariellen Tauschvertrages sein Rittergut N. gegen das dem Verklagten gehörige Freigut in St. und einige andere Grundstücke vertauscht. Später entstand unter den Parteien Streit darüber, ob unter die gegen das gedachte Rittergut in Tausch gegebenen Grundstücke auch das Restgut No. 10. zu T., bestehend aus zwei Wiesen und 12 Morgen Waldland, gehöre. Der Kläger ist deshalb in einem Vorprozesse mit der Behauptung klagbar geworden, daß nach der dem Kaufvertrage zum Grunde liegenden Verabredung das gedachte Restgut mit habe vertauscht werden sollen, und daß dessen Aufführung in dem notariellen Tauschvertrage nur aus Irrthum unterblieben sei. Er hat auch ein rechtkräftiges Erkenntniß erstritten, wodurch er hierüber zum Erfüllungseide verstattet wurde. Dieses Erkenntniß ist, nachdem er den Eid abgeleistet, durch Purifications-Erkenntniß des Kreisgerichts zu Wohlau vom 5. October 1852 dahin purificirt worden:

daß Verklagter schuldig, dem Kläger das gedachte Restgut Behufs der Eigenthums-Uebertragung zu übergeben,

Digitized by Google

und dem Kläger über die von diesem Grundstücke von Anfang des Jahres 1848 ab bis zur Uebergabe gezogenen Nutzungen Rechnung zu legen, den Kläger dieserhalb zu entschädigen ꝛc.

In Folge dessen hat der Verklagte dem Kläger am 8. October 1852 das Restgut übergeben, demselben auch über den Ertrag der beiden Wiesen, welchen er in den Jahren 1848—1852 durch Verpachtung gezogen, Rechnung gelegt und diesen Ertrag nach Abzug der auf die beiden Wiesen verwendeten Ausgaben mit 260 Thlr. 11 Sgr. 2 Pf. an den Kläger bezahlt. Hiermit ist aber Kläger nicht zufrieden, sondern von Neuem klagbar geworden. Er behauptet, durch den abgeleisteten Eid sei festgestellt, daß Verklagter gewußt habe, daß die mehrgedachten Wiesen dem Kläger gehören, und daß er daher nach §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. verpflichtet sei, dem Kläger auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche er als rechtmäßiger Eigenthümer von den beiden Wiesen hätte ziehen können, zu vergüten. Er berechnet diese Nutzungen auf 821 Thlr. 16 Sgr. 2 Pf. Der Verklagte setzt diesem Anspruche hauptsächlich entgegen, daß nach §. 229. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. zur Erstattung der fructus percipiendi nur derjenige verpflichtet sei, welcher es gewußt habe, daß die Sache, welche er als seine eigene besitze, einem Andern gehöre und bestreitet, daß dieses bei ihm der Fall gewesen.

Der erste Richter das Stadtgericht zu Breslau hat den Verklagten unter dem 16. September 1853 zur Zahlung von 815 Thlr. 1 Spr. 2 Pf. verurtheilt, indem er durch den im Vorprozeß abgeleisteten Eid für festgestellt annimmt, daß die fraglichen Wiesen nach der mündlichen Verabredung unter die Grundstücke gehören, welche dem Kläger als Eigenthum abgetreten werden sollten. Er folgert hieraus,

Digitized by Google

daß Verklagter gewußt habe, die Wiesen seien seit dem Jahre 1848 Eigenthum des Klägers und erachtet ihn daher nach §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. für verpflichtet, diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte ziehen können, zu vergüten.

Der Verklagte appellirte und suchte auszuführen, daß der §. 229. a. a. O. nicht anwendbar sei. Dieses nahm auch der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Breslau an und wies den Kläger am 2. Februar 1854 mit seinem Anspruche ab, mit Ausschluß eines Betrages von 6 Thlr. 23 Sgr. 8 Pf., den Verklagter in zweiter Instanz anerkannt hatte. Auf die vom Kläger hiergegen eingewendete Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 7. Juli 1854 bestätigend erkannt und zwar aus folgenden

Gründen.

Kläger verlangt Vergütung der fructus percipiendi, wobei er sich insbesondere auf die Vorschrift des §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. stützt. Mit Recht hat jedoch der Appellations-Richter diese Vorschrift nicht zur Anwendung gebracht. Sie lautet:

> Wer es weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Andern zugehöre, der muß auch diejenigen Früchte und Nutzungen, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können, demselben vergüten.

Hierin ist eine strengere Verpflichtung enthalten, als diejenige, welche das Allg. Landrecht sonst dem unredlichen Besitzer auflegt, indem dieser nach §. 22. a. a. O. nur verpflichtet ist, die Früchte und Nutzungen zu vergüten, welche er während seines unredlichen Besitzes genossen hat, also die fructus perceptos, nicht die fructus percipiendos. Schon hieraus ergiebt sich, daß die strengere Verpflichtung

Digitized by Google

des §. 229. a. a. O. nicht jeden unredlichen Besitzer trifft. Hierüber geben indeß die Materialien zum Allg. Landrecht, welche Bornemann in seiner systematischen Darstellung Bd. 2. S. 278 ff. (ält. Ausg.; 2. Aufl. S. 159.) mittheilt, noch nähere Aufklärung. Nach dem Entwurfe sollte die gedachte, strengere Verpflichtung nur denjenigen treffen, welcher betrüglicher Weise eine Sache besessen hat. Dagegen wurde monirt, daß Betrug und Unredlichkeit gleichbedeutende Ausdrücke seien, worauf Suarez in der Revisio monitorum bemerkte:

Verschiedene Monenten wollen jeden unredlichen Besitzer zum Ersatz der fructus percipiendi verpflichten. Meo voto thun die Monenten zu viel und der Text zu wenig. Wenn man bedenkt, daß auch schon der, welcher aus einem verschuldeten errore facti seinen Besitz für rechtmäßig gehalten, daß schon der, welcher bei Erlangung des Besitzes an dessen Rechtmäßigkeit nur gezweifelt hat, ja selbst der possessor bonae fidei a die ins. cit. einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet werden, so wird es wohl offenbar zu hart sein, wenn man eben diesem auch fructus percipiendos zur Last legen wollte. Dagegen ist diese Verpflichtung zu sehr eingeschränkt, wenn man sie nur auf einen betrüglichen Besitzer richtet; es ist genug, wenn der Besitzer nur weiß, daß seine possessio unrechtmäßig sei, gesetzt auch, daß er nicht just dolose dazu gelangt wäre.

Nach dieser Erläuterung wird derjenige, welcher es weiß, daß die Sache einem Andern gehöre, demjenigen entgegengesetzt, welcher ein solches Bewußtsein nicht hat, aber dennoch nach den Gesetzen einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird, dem fingirten unredlichen Besitzer. Denselben Unterschied macht auch von Savigny in seinem System

Digitized by Google

Bd. 6. S. 183. Note aa. mit Bezug auf §. 241. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R.

Fragt man nun, in welche der beiden Kategorien im vorliegenden Falle der Verklagte zu rechnen sei, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß, wenn er auch einem unredlichen Besitzer gleich zu achten, doch nicht dargethan ist, er habe gewußt, daß die beiden Wiesen dem Kläger gehören. Die Parteien haben mehrere Jahre lang mit einander darüber prozessirt, ob die beiden Wiesen unter diejenigen Grundstücke gehören, welche dem Kläger für sein Rittergut in Tausch gegeben worden. Der erste Richter verstattete den Kläger hierüber zum Erfüllungseide, der zweite Richter erkannte auf einen vom Verklagten abzuleistenden Eid, das Ober-Tribunal resolvirte auf Vervollständigung der Beweisaufnahme, demnächst erkannte der zweite Senat bestätigend, und die gegen sein Erkenntniß eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde wurde zurückgewiesen. Wenn nun auch nach so vielen Ermittelungen und Entscheidungen das durch das Purifications-Erkenntniß ausgesprochene Resultat unter den Parteien als feststehend angesehen, und demgemäß angenommen werden muß: daß nach der dem Abschlusse des Vertrages vorausgegangenen mündlichen Verabredung die beiden Wiesen unter diejenigen Grundstücke gerechnet worden, welche der Kläger eingetauscht, und daß deren Aufführung im notariellen Vertrage nur aus Irrthum unterblieben sei, so ist doch hierdurch allein noch nicht festgestellt, der Verklagte, welcher nach Abschluß des Vertrages die beiden Wiesen behielt, habe gewußt, daß dieselben dem Kläger zugehören. Es läßt sich sehr wohl denken, daß Verklagter über die von ihm selbst mit dem Kläger getroffenen Verabredungen im Unklaren gewesen. Revident beruft sich dagegen auf den Rechtssatz: Error facti proprii semper nocet, allein hieraus läßt

Digitized by Google

sich nur schließen, daß der Irrthum des Verklagten ein verschuldeter sei, und daß Verklagter deshalb einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet werden müsse, was aber nach der von Suarez gegebenen Erläuterung nicht ausreicht, um die strengere Verpflichtung des §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. zur Anwendung zu bringen. Auch sonst hat Kläger nichts beigebracht, woraus man entnehmen könnte, daß der Verklagte die in dieser Vorschrift vorausgesetzte Wissenschaft wirklich gehabt habe, im Gegentheil gewinnt es nach einer Aeußerung des Verklagten in einem der Klage abschriftlich beigefügten Briefe den Anschein, als habe Verklagter die Ueberzeugung gehabt, daß die beiden Wiesen nicht mitvertauscht worden.

Das im Vorprozesse ergangene Purifications-Erkenntniß spricht nur die Verpflichtung des Verklagten aus, dem Kläger über die gezogenen Nutzungen — also über die fructus perceptos — Rechnung zu legen und ihn dieserhalb zu entschädigen, und wenn Kläger jetzt eine weitergehende, auch die fructus percipiendos umfassende Verpflichtung auf Grund des §. 229. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. gegen den Verklagten geltend machen will, so ist es seine Sache, die thatsächlichen Voraussetzungen darzuthun, von denen das Gesetz diese strengere Verpflichtung abhängig macht. Das, was sich in dieser Beziehung aus der Entscheidung des Vorprozesses ergiebt, ist nach der vorstehenden Ausführung nicht genügend, und auch in anderer Art ist der Nachweis einer dem Verklagten beiwohnenden Wissenschaft, wie sie der mehrerwähnte §. 229. voraussetzt, nicht geführt.

Digitized by Google

№ 3.

Ueber die Zulässigkeit eines Prozesses zum Zwecke der Erbeslegitimation zwischen einem Erbprätendenten und dem, dem Nachlasse bestellten Curator.

Das Ober-Tribunal hat in dem Bd. 24. S. 23. abgedruckten Erkenntnisse vom 11. October 1852 bereits ausgeführt, daß die Frage:

ob ein aufgetretener Erbprätendent für einen Blutsverwandten des Erblassers in dem von ihm behaupteten Grade anzunehmen?

zur Erörterung im Wege des Processes zwischen einem solchen Erbprätendenten und dem Curator des Nachlasses geeignet und richterliche Entscheidung darüber zulässig sei.

Diese Ansicht ist neuerlich in einem Appellations-Erkenntnisse des Civil-Senats des Kammergerichts angefochten worden. Zu dem Nachlasse des in Berlin verstorbenen Rentiers W., der nach dem von dem Polizei-Commissar des Reviers dem Stadtgerichte eingereichten Todtenscheine die Vornamen Paul Ludwig geführt haben und aus Potsdam gebürtig gewesen sein sollte, hatte sich als nächste gesetzliche Erbin eine angebliche vollbürtige Schwester des Erblassers, die verwittwete G., gemeldet, auch die erforderlichen kirchlichen Zeugnisse zum Nachweise ihrer Verwandtschaft beigebracht. Es fand sich jedoch dabei das Bedenken, daß in dem als Taufschein des Erblassers bezeichneten Kirchenzeugnisse dessen Vornamen Jacob Ludwig angegeben waren, und da bei dieser Differenz der Vornamen der dem Nachlasse bestellte Curator die Legitimation der Wittwe G. als Schwester des Erblassers nicht anerkennen wollte, ward die Sache vom Stadtgerichte zur processualischen Erörterung verwiesen.

Digitized by Google

Nach erfolgter Beweisaufnahme erkannte die Proceß-Deputation des Stadtgerichts zu Berlin am 11. April 1853, daß der verklagte Curator schuldig, die Klägerin als Verwandte des Erblassers im zweiten Grade anzuerkennen; auf die dagegen vom Curator eingewandte Appellation änderte jedoch die zweite Abtheilung des Civil-Senats des Kammergerichts am 26. September 1853 dieses Erkenntniß und wies die Klägerin in der angebrachten Art mit der Klage ab.

In Folge der von der Klägerin eingelegten Revision hat der erste Senat des Ober-Tribunals in der Sitzung vom 17. Mai 1854 die früher schon angenommene Ansicht aufrecht erhalten und das erste Erkenntniß wiederhergestellt.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat sich veranlaßt gefunden, die Klägerin mit ihrem Antrage:

> den verklagten Curator der Nachlaßmasse des Rentier Ludwig W. für schuldig zu erachten, sie als Verwandte des Erblassers im zweiten Grade anzuerkennen,

aus dem, vom Verklagten gar nicht aufgestellten Grunde angebrachtermaaßen abzuweisen: daß ein processualisches Verfahren und eine Entscheidung zum Zwecke der bloßen Feststellung des Verwandtschaftsverhältnisses der Klägerin mit dem Erblasser, ohne daß zugleich über ihr behauptetes Recht auf Ausantwortung des Nachlasses erkannt worden, überhaupt unzulässig, insbesondere auch der bestellte Nachlaß-Curator in dieser Beziehung passiv gar nicht legitimirt sei. Diese Ansicht des Appellations-Richters ist jedoch bereits in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 11. October 1852 als verwerflich dargestellt worden, und wenn schon der Appellations-Richter versucht hat, in seinen Entscheidungsgründen die gedachte Ausführung zu entkräften, so sind doch die von

Digitized by Google

ihm dagegen aufgestellten Argumente nicht geeignet, solche zu widerlegen.

Wenn derselbe nämlich zunächst darauf zurückkommt, daß eine präjudizielle Entscheidung über das hier vorliegende, rein thatsächliche Sachverhältniß unzulässig sei, weil eine präjudizielle Entscheidung im Sinne der Vorschriften der Allg. Ger.-Ordnung nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses bezwecken könne, namentlich ein Erkenntniß über den Legitimationspunkt die Zuständigkeit eines Rechtsanspruches in Beziehung auf die Berechtigten feststelle, hier aber um einen reinen Thatumstand gestritten werde, so übersieht er, daß wenn von dem Vorhandensein eines gewissen Thatumstandes Rechte abhängig sind, die Feststellung dieses Vorhandenseins auch von selbst die Zuständigkeit des Rechtsanspruches zur Folge hat, und wenn der Umstand gleichfalls noch streitig ist, sehr viele Fälle denkbar sind, wo es nothwendig erscheint, zunächst die Präjudizialfrage zur Entscheidung zu bringen, ob das fragliche thatsächliche Moment existire oder nicht? Außerdem aber tritt in Fällen, wie der vorliegende, noch hinzu, daß durch die Feststellung des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses nicht allein zugleich festgestellt erscheint, daß der Kläger zu dem Erblasser und seiner Nachlaßmasse sich in dem Verhältnisse eines gesetzlichen Erbberechtigten befindet, sondern derselbe auch nach §. 490. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. zu dem Antrage befugt sein würde, in der Zwischenzeit, während der Dauer der Verhandlungen über die Frage: ob noch mehrere Erbberechtigte vorhanden? zum Curator des Nachlasses bestellt, und mit dessen Verwaltung beauftragt zu werden. Also auch in dieser Beziehung erscheint die vorläufige Feststellung des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses eben so erheblich als gesetzlich gerechtfertigt.

Digitized by Google

Nun vermeint zwar der Appellations-Richter auch, daß jedenfalls dies sich immer nur von dem Falle verstehen würde, wenn verschiedene Erbberechtigte als Parteien sich gegenüberständen; ein, dem Nachlasse bestellter Curator aber, niemals als Gegenpartei eines Erbprätendenten auftreten könne, und seiner Legitimation in dieser Beziehung jede gesetzliche Unterlage fehle. Diese, dem Zusammenhange und Sinne der Vorschriften der §§. 482 — 492. Tit. 9 Thl. I. des A. L. R. in keiner Art entsprechende Ansicht, ist jedoch in dem obgedachten Revisions-Erkenntnisse vom 11. Octobr 1852 bereits vollständig widerlegt und bedarf es mit Hinweisung auf die dortige Ausführung nur noch der Bemerkung, daß solche auch durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, nämlich den §. 30. Tit. 46. Thl. I der A. G. O. gerechtfertigt erscheint. Dort wird nämlich für den Fall, wo bei einem Lehn- oder Fideicommißgute der Allodialerbe des ohne lehns- oder fideicommißfähige Descendenz verstorbenen letzten Besitzers die Legitimation des sich meldenden Fideicommiß- oder Lehnsfolgers bezweifelt und deshalb Bedenken trägt, das Gut an einen nicht hinlänglich legitimirten Successor auszuliefern, — ausdrücklich bestimmt:

daß in diesem Falle nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts Thl. I. Tit. 9. §§. 482—492. verfahren, mithin, wenn die Bedenklichkeiten des Allodialerben nicht offenbar ungegründet sind, ein Lehns- oder Fideicommiß-Curator bestellt werden solle, welcher auf der einen Seite den Legitimationspunkt mit dem sich meldenden Successor gehörig verhandele, auf der andern Seite aber unter Zuziehung dieses Successors die Absondung des Lehns vom Erbe mit dem Allodialerben reguliere.

Hier ist also ganz klar ausgesprochen, daß der streitige Legitimationspunkt zwischen dem Lehns- oder Fideicommiß-

Digitized by Google

Prätendenten und dem zu bestellenden Curator verhandelt werden soll, und es ist daher außer Zweifel, daß darüber, wenn der Curator Bedenken trägt, die Legitimation für vollständig geführt zu erachten, zwischen ihm und dem Prätendenten erkannt werden muß.

Hiernach widerlegt sich denn auch von selbst die fernere Behauptung des Appellations-Richters, wie, wenn der Erbschafts-Richter nicht die vollständige Ueberzeugung von der geführten Legitimation eines Erbprätendenten gewinnen könne, nichts übrig bleibe, als den Nachlaß dem Fiskus als letzten Erbberechtigten zuzuweisen, gegen welchen dann der Erbprätendent seine Ansprüche verfolgen könne, — eine Ansicht, die außerdem schon darin ihre Erledigung findet, daß der Fiskus ein Recht auf eine erblose Verlassenschaft erst auszuüben berechtigt ist, wenn feststeht, daß zu dem Nachlaß kein Erbe vorhanden sei, dieser Fall aber nicht vorliegt, wenn ein Berechtigter sich gemeldet, auch seinen Anspruch bescheinigt, jedoch nicht so vollständig nachzuweisen vermocht hat, daß die Bedenken des Erbschafts-Richters, ihm den Nachlaß auszuantworten, völlig gehoben worden wären. Gerade für diesen Fall soll nun, wie der Zusammenhang und Sinn der oben allegirten Vorschriften unzweifelhaft ergiebt, — die processualische Erörterung der Legitimationsfrage, die für das bloße richterliche Ermessen nicht so hat vorbereitet werden können, wie nöthig gewesen wäre, um darüber durch bloßes Decret zu befinden, — zwischen einem Curator, der als solcher die Rechte der etwanigen unbekannten Interessenten, die vielleicht noch bessere Rechte, wie der Erbprätendent geltend machen und bei dessen gänzlicher Zurückweisung selbst als nächstberechtigte Erben auftreten könnten, wahrzunehmen hat, — und dem Erbprätendenten eintreten. Es erscheint dies auch als der einzige zweckmäßige Weg, die Sache zum

Digitized by Google

Austrage zu bringen, indem nun nach vollständiger Instruction durch förmliches richterliches Erkenntniß festgestellt wird, ob der Erbprätendent in solchen Verwandschafts-Verhältnissen zum Erblasser sich befinde, daß dadurch das prätendirte Erbrecht auch als gerechtfertigt sich darstelle, und der Erbschafts-Richter daher nach der durch solche Entscheidung erfolgten Erledigung seiner Bedenken, die Erbmasse dem anerkannten Prätendenten zu verabfolgen sich in den Stand gesetzt sehe. Der Hauptentscheidungsgrund des Appellations-Richters erscheint daher vollständig beseitigt.

Derselbe fährt sodann noch aus, daß jedenfalls die vorliegende Klage zu früh angestellt sei, da vor vollständig beendigtem öffentlichen Aufgebotsverfahren sich gar nicht beurtheilen lasse, ob nicht der vorliegende Proceß ganz überflüssig sei, da ja noch ein näherer Erbe ermittelt sein könnte. Allein auch dieser vom Curator gleichfalls aufgestellte Einwand, erscheint nach Lage der Sache nicht begründet. Der Erblasser war nach Inhalt der Acten ab intestato und unverheirathet gestorben, und es ist keine Spur davon vorhanden, daß er verheirathet gewesen und Kinder gehabt habe, was auch gesetzlich nicht vermuthet werden kann. Die Eltern des 66jährigen Erblassers sind nach dem beigebrachten kirchlichen Zeugnisse längst verstorben und resp. zur Zeit des Erbanfalls schon über 70 Jahre gewesen, so daß nach §. 489. Tit. 9, §. 38. Tit. 1. Thl. I. des A. L. R. angenommen werden muß, sie haben den Erbanfall nicht erlebt. Demgemäß waren etwa vorhandene vollbürtige Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers dessen nächste erbberechtigte Blutsverwandte, und da Klägerin die einzige noch vorhandene Schwester des Erblassers zu sein behauptet, so war die Frage, ob sie in diesem Verwandtschaftsverhältnisse zu dem

Digitized by Google

Erblasser stehe, unter allen Umständen von Erheblichkeit, und der Einwand der zu früh angestellten Klage erledigt sich daher um so mehr, als nach Inhalt der Aufgebots-Acten in dem am 7. Januar 1854 angestandenen peremtorischen Termine sich kein Erbprätendent gemeldet hat und das Präclusions-Erkenntniß bloß deshalb noch nicht ergangen ist, weil die Legitimations-Acten, in welchen die jetzige Klägerin ihre Ansprüche bereits geltend gemacht hatte und weshalb ihre Rechte vorbehalten werden sollten, bei den gegenwärtigen Proceß-Acten adhibirt waren. —

In der Sache selbst ist die Legitimation für geführt angenommen, dieser Theil der Entscheidungsgründe aber hier nicht von Interesse.

№ 4.

Verjährungs-Einwand.

Der bei stattfindender Collision verschiedener Landes- und Provinzial-Gesetze in Betreff der Verjährung angenommene Grundsatz, nach welchem der von dem Verklagten erhobene Einwand der Verjährung einer gegen ihn eingeklagten Schuld im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Verklagten geltenden Gesetzen auch dann zu beurtheilen ist, wenn derselbe nach Contrahirung der Schuld seinen persönlichen Gerichtsstand verändert hat, findet dann keine Anwendung, wenn der Kläger nach den an seinem Wohnsitze geltenden Gesetzen sein Klagerecht durch

Digitized by Google

Verjährung bereits verloren hatte, ehe die Wohnsitzveränderung des Verklagten erfolgt war.

A. L. R. Thl. I. Tit. 1. §§. 23. 28. Tit. 9. §. 516. Thl. II. Tit. 1. §. 1083.

Vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. XI. S. 222 ff. und Präjudiz sub No. 1524.

Die unverehelichte Johanne Christiane L. zu Sch. ward im Jahre 1847 in Wittenberg, wo sie in Diensten stand, von dem damals ebenfalls dienenden Verklagten geschwängert, und am 26. Mai 1848 in Sch. von einem noch lebenden Kinde entbunden, zu welchem Verklagter seine Vaterschaft anerkannte. Derselbe hatte nach erfolgter Niederkunft der Klägerin noch kurze Zeit in Wittenberg fortgedient, und sodann als einberufener Landwehrmann Dienste geleistet, worauf er sich nach Berlin gewendet und daselbst als Schankwirth etablirt hat, was, wie er behauptet, die Klägerin aber bestreitet, erst im Jahre 1852 geschehen sein soll.

Nunmehr stellte die Klägerin am 18. Februar 1853 bei dem Stadtgerichte zu Berlin eine Klage gegen den Verklagten an, in welcher sie behauptete, daß derselbe sie unter dem Versprechen der Ehe geschwängert habe, und principaliter darauf antrug, ihn zu verurtheilen, binnen sechs Wochen die Ehe mit ihr zu vollziehen und im Nichtbefolgungsfalle ihr die Rechte einer geschiedenen und für unschuldig erklärten Ehefrau, und ihrem Kinde die Rechte eines ehelichen beizulegen, auch den Verklagten für schuldig zu erachten, ihr statt der Scheidungsstrafe monatlich 4 Thlr. Alimente zu zahlen.

Verklagter leugnete das behauptete Eheversprechen unter Acceptation des ihm eventuell darüber angetragenen Eides, wendete aber auch zugleich ein, daß das Klagerecht der

Digitized by Google

Klägerin in Bezug auf ihre eigenen persönlichen Ansprüche aus der Schwängerung bereits auf Grund des §. 1083. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. durch Verjährung erloschen sei. Nach erfolgter Beweisaufnahme erkannte jedoch das Stadtgericht zu Berlin dem Verklagten einen Eid darüber zu, daß er vor Vollziehung des ersten Beischlafs mit der Klägerin in der Zeit vom 15. August bis 29. October 1847 derselben die Ehe nicht versprochen habe, und wies im Schwörungsfalle die Klägerin mit ihren Ansprüchen aus dem Eheversprechen ab, erkannte aber im Nichtschwörungsfalle gegen den Verklagten ganz nach dem Klageantrage. Verklagter ließ dieses Urtel gegen sich rechtskräftig werden; die Klägerin und deren Vater appellirten aber dagegen, weil nicht ihr, der Klägerin, sondern dem Verklagten der Eid nachgelassen worden. Hierauf hat auch der Civil-Senat des Kammergerichts abändernd auf einen der Klägerin über das behauptete Eheversprechen (vor Vollziehung des Beischlafs) nachgelassenen Erfüllungseid erkannt, und von dessen Ab- oder Nichtableistung die Entscheidung der Sache in der schon im ersten Urtel erkannten Maaße abhängig gemacht; wobei er sich in seinen Entscheidungsgründen zugleich mit über den Verjährungs-Einwand des Verklagten dahin äußerte, daß sich solcher dadurch beseitige, daß der §. 1083. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. zu den in der Mark Brandenburg suspendirten Vorschriften der drei ersten Titel des zweiten Theils des Allg. Landrechts gehöre, weshalb nicht die zweijährige, sondern nur die ordentliche dreißigjährige Verjährung hier Platz greifen könnte.

Auf die gegen dieses Erkenntniß von dem bei seinem Verjährungs-Einwande verbleibenden Verklagten eingewendete Revision hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 19. Juli 1854, unter Wiederaufhebung des Appellations-

Digitized by Google

Erkenntnisses eine nachträgliche Ermittelung des Zeitpunktes, zu welchem Verklagter seinen beständigen Wohnsitz in die Mark Brandenburg verlegt hat, angeordnet, und zu diesem Behufe die Sache in die zweite Instanz aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen.

Die Frage, ob eine persönliche Verpflichtung zum Vortheile des Verpflichteten und somit auch das desfallsige Klagerecht des Berechtigten durch Verjährung erloschen sei, oder nicht? muß nach den Gesetzen beurtheilt werden, welche an dem Orte gelten, wo der Verpflichtete zur Zeit der Anstellung der gegen ihn auf Erfüllung gerichteten Klage seinen ordentlichen persönlichen Gerichtsstand hat. Nach diesem auch bereits durch das unter No. 1524. eingetragene Präjudiz des Ober-Tribunals anerkannten Rechtsgrundsatze hängt auch im vorliegenden Falle die Beantwortung der Frage: ob der von dem Verklagten gemachte Einwand, daß das Recht der Klägerin, ihre persönlichen Ansprüche aus der unter dem Versprechen der Ehe angeblich erfolgten Schwängerung gegen ihn geltend zu machen, auf Grund des §. 1083. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. bereits durch Verjährung erloschen sei, — ihrer fast fünf Jahre nach ihrer Entbindung erst angestellten Klage entgegenstehe? davon ab, ob Verklagter seinen beständigen Wohnsitz nach Berlin oder sonst einem in der Mark Brandenburg gelegenen Ort schon innerhalb zweier Jahre nach der am 26. Mai 1848 erfolgten Niederkunft der Klägerin, oder erst nach Ablauf zweier Jahre, folglich erst nach dem 26. Mai 1850, verlegt hatte. Im ersten Falle würde sein Einwand für ungegründet gelten müssen. Denn in der Mark Brandenburg gehörte bis zur Bekanntmachung des Gesetzes vom 24. April 1854 (Gesetzs. S. 193 ff.) der §. 1083. Thl. II. Tit. 1. des

Digitized by Google

A. L. R. zu den noch subsidiarischen Vorschriften der ersten drei Titel des zweiten Theils des Allg. Landr., und es galt dagegen daselbst provinzialrechtlich die ordentliche dreißigjährige Verjährung durch Nichtgebrauch auch für Schwängerungsklagen. Diese längere Verjährungsfrist mußte daher auch nach dem vorgedachten Rechtsgrundsatze der Klägerin zu statten kommen, weil ihr zu der Zeit, als Verklagter seinen Wohnsitz in der Mark Brandenburg aufschlug, sobald dies noch innerhalb zweier Jahre nach ihrer Niederkunft geschah, ein Klagerecht gegen ihn aus der Schwängerung jedenfalls noch zustand.

Dagegen würde im zweiten Falle, wenn sich nämlich Verklagter erst nach dem 26. Mai 1850 in der Mark Brandenburg häuslich niedergelassen hätte, dessen Verjährungs-Einwand vollkommen gegründet sein. Denn die Schwängerung und Niederkunft der Klägerin erfolgte an Orten, wo nach §. 1. des Patents vom 15. November 1816 das Allg. Landrecht, und mithin auch der mehrgedachte §. 1083. des ersten Titels zweiten Theils, schon seit dem 1. März 1817 gesetzliche Gültigkeit erlangt hatte. Klägerin ward von dem Verklagten in Wittenberg geschwängert, wo derselbe damals und auch noch nach ihrer Niederkunft diente; sie hätte daher ihre eventuell auch mit auf Alimentation ihres Kindes gerichtete Schwängerungsklage gegen denselben bei dem Kreisgerichte zu Wittenberg anstellen können, wo er sich auch nach der Cabinets-Ordre vom 4. Juli 1832 auf ihre Klage selbst dann hätte einlassen müssen, wenn er damals noch unter väterlicher Gewalt stand. Die Klägerin war aber nach §. 1087. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. und nach dem unter No. 2231. eingetragenen Präjudiz des Ober-Tribunals zur Anstellung ihrer Klage bei dem Kreisgerichte zu Wittenberg innerhalb zweier Jahre nach ihrer

Digitized by Google

Niederkunft sogar noch bestigt, nachdem Verklagter diese Stadt verlassen hatte, da der Fall, von welchem die Cabinets-Ordre vom 30. September 1845 spricht, hier nicht vorlag. Klägerin hat aber gegen den Verklagten innerhalb zweier Jahre nach ihrer Entbindung aus der Schwängerung nicht geklagt, und hatte daher, wenn der Verklagte erst nach Verlauf dieser zwei Jahre seinen Wohnsitz in der Provinz Brandenburg nahm, ihr Klagerecht gegen denselben in Bezug auf ihre eigenen persönlichen Ansprüche aus der Schwängerung bereits durch Nichtgebrauch gesetzlich verloren, als Verklagter seinen ordentlichen persönlichen Gerichtsstand an einem Orte erlangte, wo der §. 1083. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. noch keine gesetzliche Gültigkeit hatte. Diese Gerichtsstands-Veränderung auf Seiten des Verklagten mußte daher als eine für die Klägerin selbst ganz einflußreiche Thatsache betrachtet werden, da durch solche ihr bereits vorher schon auf Grund des oft allegirten §. 1083. erloschenes Klagerecht nicht wieder in's Leben gerufen werden konnte.

№ 5.

Restitution der Minderjährigen gegen die abgelaufene Verjährung.

1. Der im Präjudize 307 *) ausgesprochene Grundsatz: daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die während der Minderjährigkeit vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch den

*) Sammlung der Präjudizien des Ober-Tribunals S. 37.

Digitized by Google

unter väterlicher Gewalt befindlichen Minderjährigen nicht zustehe, findet dann keine Anwendung, wenn es sich um einen Anspruch des Minderjährigen an seinen eigenen Vater handelt. Präjudiz No. 2531.

2. Die durch Zahlung der Zinsen einer Capital-Schuld erfolgende Unterbrechung der angefangenen Extinctiv-Verjährung ist durch die wirkliche Leistung der Zahlung an den Berechtigten bedingt und tritt daher in dem Falle nicht ein, wo nur die Pflicht des Schuldners zur Zinsenzahlung aus einem besonderen Rechtsgrunde, z. B. wegen eines demselben zeitweise angefallenen Nießbrauchsrechts an jenem Capitale, eine Zeit lang geruhet hat.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 525. 531. 537. 562. 570. Tit. 4. §§. 58.

Herrmann B. erwarb durch den mit seinen vier Brüdern am 4. Juli 1814 geschlossenen Vertrag das Eigenthum des zu Kray belegenen C.-Hofes, wofür er jedem seiner Brüder, außer anderen Vortheilen, die Summe von 394 Thlr. Clevisch nach sechsmonatlicher Kündigung zu zahlen und bis zur Zahlung auch alljährlich am 1. August vier Procent Zinsen davon zu entrichten sich verpflichtete. Einer dieser abtretenden Brüder, Bernhard B., der am 26. September 1826 unverheirathet und kinderlos gestorben ist, setzte die beiden Söhne des Gutsannehmers Herrmann B. zu seinen Testamentserben ein, vermachte jedoch deren Mutter den lebenslänglichen Nießbrauch seines Nachlasses. Diese Legataria ist bald darauf auch gestorben, und der Nachlaß

Digitized by Google

des Bernhard B. ist, da die beiden Testamentserben damals noch Kinder waren, in den Besitz ihres Vaters, Herrmann B., übergegangen. Dieser überließ dann am 4. Mai 1839 sein ganzes Vermögen seinem ältesten Sohne Theodor, welcher dagegen auch alle Schulden des Vaters zu berichtigen sich verpflichtete. Der jüngere Sohn, Wilhelm B., verlangt nun von dem Bruder Theodor die Zahlung einer Hälfte jener Summe von 394 Thlr., welche sein Oheim und Erblasser, Bernhard B., nach dem Vertrage vom 4. Juli 1814 von seinem Bruder Herrmann zu fordern hatte, indem diese noch unberichtigte Schuld durch den späteren Vertrag des Herrmann B. mit Theodor B., auf Letzteren als Schuld übergegangen. Er hat den Betrag mit sechsmonatlicher Frist gekündigt und darauf im December 1852 klagend dahin angetragen:

daß der Verklagte zur Zahlung von 197 Thlr. Clevisch oder 151 Thlr. 16 Sgr. 1 Pf. Preußisch nebst vier Procent Zinsen seit dem 1. August 1848 (indem die älteren Zinsrückstände verjährt seien) verurtheilt werde.

Der Verklagte erkannte die vorgetragenen Thatsachen als richtig an, setzte aber dem Anspruche unter anderen Einreden die der Verjährung entgegen, da seit 1814 sogar 38 Jahre verflossen und auch niemals Zinsen von der Geldschuld gezahlt worden seien. Diesen Einwand hat auch, obgleich Kläger demselben mit seiner früheren Minderjährigkeit zu begegnen meinte, das in erster Instanz entscheidende Kreisgericht zu Essen für begründet erachtet und deshalb am 6. Mai 1853 die Abweisung des Klägers ausgesprochen. Dieser appellirte und wies nun durch seinen Taufschein nach, daß er am 18. December 1824 geboren, also an demselben Tage des Jahres 1848 großjährig geworden sei, und da die Klage vor Ablauf von vier Jahren, von diesem letzteren

Digitized by Google

Tage gerechnet, angestellt worden (sie ist gerade am 18. December 1852 beim Gerichte präsentirt worden), so stehe ihm die vierjährige Restitution eines Minderjährigen zur Seite. Der Verklagte bestritt die Zulässigkeit dieser Restitution, weil die Verjährung im Jahre 1844 eingetreten sei und damals der gemeinschaftliche Vater beider Theile noch gelebt habe, die Restitution aber nur den unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen, innerhalb vier Jahren nach erreichter Volljährigkeit, bewilligt sei. Ueberdies meinte er, daß die Restitution noch vor Ablauf dieser vier Jahre ausdrücklich hätte gefordert werden müssen, was nicht geschehen sei.

Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Hamm änderte am 5. November 1853 das erste Urtel dahin:

daß der Verklagte schuldig, dem Kläger 197 Thlr. Cl. oder 151 Thlr. 16 Sgr. 1 Pf. Pr. nebst vier Procent Zinsen vom 1. August 1848 zu zahlen.

Dadurch ist der Verklagte zur Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde veranlaßt worden, zu deren Rechtfertigung er mehrere Angriffspunkte aufstellte. Der erste Senat des Ober-Tribunals erkannte am 14. Juni 1854:

daß zwar die gegen das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Hamm vom 5. November 1853 eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde für begründet zu achten, dieses Erkenntniß jedoch seinem ganzen Inhalte nach aufrecht zu erhalten.

Soweit sie zur Rechtfertigung der in der Ueberschrift aufgestellten Rechtssätze dienen, lauten die

Gründe

dieses Urtels wie folgt.

Das Appellations-Erkenntniß widerlegt den Einwand der Verjährung aus nachstehenden Gründen: Die Verjährung habe gegen den ursprünglichen Gläubiger, Bernhard B.,

Digitized by Google

sechs Monate, nachdem er von der ihm im Vertrage vom 4. Juli 1814 gestatteten sechsmonatlichen Kündigungsfrist habe Gebrauch machen können, begonnen, sei also bei seinem im Jahre 1826 erfolgten Ableben noch nicht vollendet gewesen. In diesem Jahre sei in Betreff des Genusses der Zinsen von seiner (des Bernhard B.) Capitalsabfindung, seine Legataria, die Ehefrau des Herrmann B. — des Vaters der beiden streitenden Theile — an seine Stelle getreten, und der Schuldner, eben dieser Herrmann B., habe dahin fortan die Zinsen an sich selbst zu zahlen gehabt, möge er in Gütergemeinschaft oder nach Dotalrecht mit seiner Frau gelebt haben. In Betreff dieser Zinsen sei also eine Aufhebung der Pflicht durch die Vereinigung des Rechts in der Person des Schuldners erfolgt, nach §. 476. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.; und dasselbe Verhältniß habe nach dem, auch schon im Jahre 1826 erfolgten Tode der Legataria fortgedauert, weil Herrmann B. nunmehr das Nießbrauchsrecht an dem, seinen beiden Söhnen durch das Testament des Bernhard B. eigenthümlich überlassenen Capitale, als einem nicht freien Vermögen dieser Söhne, gehabt habe. Da nun eine Confusion die Wirkungen der Zahlung habe, so sei in jener eine theilweise Anerkennung des klägerischen Rechtes zu finden, welche die Verjährung des ganzen Rechtes ausschließe, gemäß §§. 562. 570. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. — Mit dem Aufhören der Confusion, also beim Uebertrage des Vermögens des Herrmann B. auf den jetzigen Verklagten, im Jahre 1839, habe zwar eine neue Verjährung begonnen, diese sei jedoch bei Anstellung der Klage noch unvollendet gewesen. —

Implorant greift nun unter andern bei seinem zweiten Beschwerdepunkte die rechtliche Begründung der Ansicht des Appellations-Richters von der eingetretenen Confusion und

Digitized by Google

der dadurch bewirkten Unterbrechung der schon früher angefangenen Verjährung an. Es sollen hierdurch

a. die Grundsätze über die Confusion verletzt sein, weil nach §§. 476—479. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. eine solche nur dann stattfinde, wenn die Vereinigung der Rechte des Gläubigers mit den Pflichten des Schuldners, in einer Person, aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde erfolgt sei, woraus folge, daß sie in vorliegender Sache ausgeschlossen werde, weil Herrmann B. nur eine Zeitlang, als Ehemann und resp. als Vater, die Zinsen seiner Schuld bezogen habe. Außerdem könne

b. die Confusion nicht, gleich der Zahlung, als ein Anerkenntniß der Schuld angesehen werden, und die Wirkung eines solchen in Bezug auf Unterbrechung der Verjährung üben, weil die Zahlung eine Handlung des Schuldners sei, die Confusion aber nicht; und ferner könne selbst die Zahlung die Verjährung nicht unterbrechen, weil hiezu nach §. 562. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. ein gegenseitiges Anerkenntniß gefordert werde, welches in der Zahlung nicht enthalten sei. Event. könne nur in Betreff der Zinsen, nicht auch in Hinsicht des Capitals der Schuld, jene Unterbrechung eingetreten sein. — Es werden die §§. 562. 570. 571., sowie endlich noch die §§. 525. 530. 536—537. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. für verletzt erklärt, die letzteren um deswillen, weil die väterliche Gewalt keine Unterbrechung der Verjährung wirke, sondern höchstens ein Ruhen derselben herbeiführe, auch den unter väterlicher Gewalt befindlich gewesenen Minderjährigen die Restitution nicht zu Gute komme. —

Von diesen Beschwerden erscheint die zu a. nicht erheblich, da augenscheinlich der Appellations-Richter nicht von einer Confusion im eigentlichen Sinne, welche eine völlige

Digitized by Google

Aufhebung der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners bewirkt, gesprochen hat, sondern nur von einem zeitweisen Ruhen der Verpflichtung, wie dies nach §§. 479 — 481. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. vorkommt, wenn nämlich „der Vertrag oder die Handlung, wodurch die Vereinigung erfolgt, widerruflich ist"; es soll dann „Recht und Pflicht nur so lange ruhen, als die Vereinigung dauert." Der §. 480. fügt hinzu:

Wenn also das dem Schuldner übertragene Recht, vermöge des Vertrages oder andern Rechtsgrundes, durch welchen selbiges auf ihn gediehen ist, wiederum an einen Andern gelangt, so tritt der Verpflichtete wieder in die vorige Verbindlichkeit;

und 481. enthält noch die specielle Vorschrift für Erbschaftsfälle:

Wenn die Vereinigung durch Erbgangsrecht erfolgt ist und die Erbschaft einem nachgesetzten Erben herausgegeben werden muß, so gelangen die Rechte und Verbindlichkeiten des ersten Erben gegen die Masse wieder zu Kräften.

So lange diese Vereinigung dauert, müssen die Wirkungen der Confusion eintreten, und mehr als dies hat der vorige Richter nicht angenommen, indem er die Confusion nur bis zum Jahre 1839, wo Herrmann B. sein Vermögen dem jetzt Verklagten abgetreten hatte, fortdauern und von da ab er die Verjährung wieder eintreten lässet.

Zu b. ist die Beschwerde über Verletzung der §§. 562. 570. 571. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. auch nicht gerechtfertigt, indem eine wirkliche Zahlung von Zinsen, die ja auch deren Annahme voraussetzt, ein gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts, und zwar nicht bloß auf Zinsen, sondern auch auf das Capital enthält, da Zinsen nothwendig eine Capitalspost voraussetzen und weil ferner durch Zinsenzahlung und Annahme ein Theil des ganzen Rechts ausge-

Digitized by Google

übt, mithin dies ganze Recht gemäß §. 570. daſ. erhalten wird, und eben deshalb nicht davon die Rede ſein kann, wie Implorant meint, daß die Capitalsforderung verjähren könne, während der Zinſenanſpruch beſtehen bleibe.

Allein darin hat Implorant Recht, daß, wenn die Zahlung von Zinſen als Anerkenntniß der Schuld gelten ſoll, ſo daß dadurch die Verjährung der letztern unterbrochen wird, dann auch eine wirkliche Zahlung erfolgt, d. h. eine Handlung geſchehen ſein muß, die als ein Anerkenntniß ſich betrachten läßt. Es muß wenigſtens eine ſtillſchweigende Willenserklärung dieſer Art Seitens des Schuldners vorliegen, d. h. eben eine ſolche Handlung, aus welcher die Abſicht des Handelnden mit Zuverläſſigkeit geſchloſſen werden kann. — §. 58. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. — Bloßes Stillſchweigen genügt hier nicht, nach §. 61. ebendaſ., und doch hat der Vater der Parteien, indem er die ſeinem Nießbrauche unterworfenen Zinſen des eingeklagten Capitals nicht zahlte, alſo zurückbehielt, nur geſchwiegen. Daß ſeine Pflicht zur Zahlung der Zinſen während der Dauer ſeines Nießbrauches ganz ruhete, oder, wie der Appellations-Richter es ausgedrückt hat, zeitweiſe durch Confuſion erloſchen war, bildet keinen Rechtsgrund zur Unterbrechung der früher angefangenen Verjährung, da das Landrecht ein ſolches Ruhen der Verjährung durch Nichtgebrauch nicht kennt, vielmehr nur eine Unterbrechung derſelben, und von den Fällen, in denen die Extinctiverjährung nach den landrechtlichen Vorſchriften unterbrochen wird, keiner vorliegt. Selbſt zwiſchen Vätern und Kindern hindert die väterliche Gewalt nur den Anfang der Verjährung, nach §. 525. Tit. 9; ihr ſpäterer Eintritt hindert dagegen nach §. 530. den Fortlauf der angefangenen Verjährung nicht, da bekanntlich der von den

Digitized by Google

Imploranten angezogene §. 529. nur den einzigen Ausnahmefall des §. 528. betrifft. —

Die Beschwerde erscheint daher begründet, insofern der Appellations-Richter angenommen hat, daß im Jahre 1826, mit dem Tode der Mutter der Parteien, die Verjährung unterbrochen worden und erst im Jahre 1839 eine neue Verjährung angefangen habe. —

Geht man nun aber zur freien Prüfung und Entscheidung der Sache über, so stellt sich auch bei dieser der aus der eingetretenen Klageverjährung hergenommene Einwand des Verklagten nicht als gerechtfertigt dar. — In dieser Hinsicht ist schon oben, bei Beurtheilung der Nichtigkeits-Beschwerde, gezeigt worden, daß die, am 5. Januar 1815 angefangene Verjährung der Forderung dadurch, daß das Eigenthum derselben im Jahre 1826 auf die minderjährigen Brüder, die jetzt miteinander streiten (antheilsweise also auf den Kläger), überging, und der Nießbrauch der Capitalspost ihrem Vater zufiel, — eben so wenig unterbrochen worden ist, als durch den Vermögensübertragungs-Vertrag vom 4. April 1839 in dem Rechte des Klägers eine Aenderung eintrat; die Verjährung wurde daher in der That am 5. Januar 1845 vollendet. Allein der Kläger war damals noch minderjährig, und erreichte, da er am 18. December 1824 geboren ist, erst am 18. December 1848 die Volljährigkeit, und seine, am 18. December 1852 beim Gerichte erster Instanz präsentirte Klage ist daher noch innerhalb der vierjährigen Restitutionsfrist eingegangen. Auf diese Restitution hat er sich wenigstens in zweiter Instanz ausdrücklich berufen, und dies genügt, da es, nach den beim Ober-Tribunal schon angenommenen Grundsätzen nicht nothwendig war, daß er förmlich auf Restitution klagte, die letztere vielmehr auch im Wege der Einrede oder Replik

Digitized by Google

gefordert werden darf — Präjudiz No. 2334. Entscheid. Bd. 22. S. 9. — Nun ist zwar der Vater der Parteien erst im Jahre 1849 gestorben, und der Verklagte folgert hieraus endlich noch, daß dem Kläger die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu Theil werden könne, weil diese nur den unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen bewilligt sei. Der §. 536. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. redet allerdings nur von der Restitution der mit einem Vormunde versehenen Minderjährigen, oder, wie das Ober-Tribunal in seinem Präjudize No. 1778. diese Stelle erläutert hat (Sammlung der Präj. S. 37), von solchen, die mit einem Vormunde hätten versehen werden sollen, die also nicht unter väterlicher Gewalt gestanden haben, und schon das frühere Präjudiz No. 307. hat den Grundsatz ausgesprochen, daß die Restitution den unter väterlicher Gewalt befindlichen Minorennen nicht gebühre. Dies kann jedoch auf den Fall nicht Anwendung finden, wo dem Kinde ein Anspruch gegen den Vater selbst zustand, wo dieser der Schuldner des Kindes, und, wie im vorliegenden Falle noch hinzutritt, vermöge seiner väterlichen Gewalt und des ihm zukommenden Nießbrauchs- und Verwaltungsrechts, gesetzlich befugt war über dieses Vermögen des Kindes, während dessen ganzer Minderjährigkeit, zu seinem eigenen Vortheile zu verfügen. Bei einer solchen Collision von Rechten kann der Vater das Kind nicht vertreten, es hätte demselben, wenn das competente Gericht Kenntniß von der Sache erlangte, nach §. 28. Tit. 18. Thl. II. A. L. R. ein Curator bestellt werden müssen, der den Anspruch gegen den Ablauf der Verjährung sicherstellte, und der Kläger befand sich daher ebenfalls in der Lage eines Minderjährigen, der mit einem Vormunde zu versehen, und auf den also der Grundsatz des Präjudiz No. 1778.

Digitized by Google

anwendbar war. Nur wo es sich um Ansprüche gegen dritte Personen handelt, ist der Vater der gesetzlich geeignete Vertreter seines Kindes, und nur in solchen Fällen hat dieser Gerichtshof bisher den unter väterlicher Gewalt stehenden Personen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt. Es lag damals keine Veranlassung vor, eine Modification dieses Grundsatzes für den hier vorliegenden Fall einer eingetretenen Collision des eigenen Interesse des Vaters mit dem seines Kindes in's Auge zu fassen; dieser Fall ordnet sich aber der Regel des §. 536. Tit. 9., wie schon gezeigt ist, vollkommen unter, und entspricht auch dem allgemeinen Grundsatze über die Restitution, den der §. 531. daselbst mit den Worten ausspricht:

> Ist jedoch die zur Verjährung bestimmte Frist abgelaufen, ehe noch das inzwischen eingetretene Hinderniß wieder gehoben worden, so kann der Verhinderte noch innerhalb vier Jahren von der Zeit des gehobenen Hindernisses an, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die vollendete Verjährung antragen.

Aus diesem Grunde steht daher der Einwand der Verjährung dem Kläger nicht entgegen, und die Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der eingeklagten 197 Thlr. Cl. oder 151 Thlr. 16 Sgr. 1 Pf. Pr. Courant nebst 4 Procent Zinsen vom 1. August 1848 ab erscheint gerechtfertigt, weshalb daher das Urtel zweiter Instanz, welches diese Verurtheilung ausgesprochen hat, aufrecht erhalten werden mußte. —

Digitized by Google

№ 6.

Beitrag der Legatarien zum Pflichttheil der Notherben.

Legatarien sind zum Pflichttheil der Notherben nicht unbedingt, sondern nur bei unzureichendem Nachlasse nach Verhältniß ihrer Legate beizutragen oder Abzug zu erleiden schuldig. Präjudiz No. 2541.

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 334. Thl. II. Tit. 2. §. 434.

Die Wittwe v. S. hatte in ihrem Testamente vom 23. November 1847 ihren Enkel, den Hauptmann F., zu ihrem Erben eingesetzt, und in diesem Testamente sowohl, als in dem Codicill vom 9. April 1849 verschiedene Legate angeordnet. Zu den Legatarien gehörte auch die Laura M. Es waren derselben 3200 Thlr. und verschiedene Mobilien zum Werthe von 183 Thlr. 19 Sgr. 9 Pf. legirt, hinsichts des oben gedachten Capitals aber die Bestimmung getroffen: daß die Legataria von 3000 Thlr. nur den lebenslänglichen Zinsgenuß haben und nach ihrem Tode das Capital den Erben verbleiben, dagegen 200 Thlr. ihr zur freien Disposition übereignet werden sollten. Der Legataria wurden vom Erben die Mobilien ausgereicht, desgleichen ein zu fünf Procent verzinsbares Capital zum Nießbrauch überwiesen, von welchem ihr auch die Zinsen seit 8. Juli 1849 bis 1. Januar 1853 mit 816 Thlr. 20 Sgr. zu Theil geworden sind.

Inzwischen hatten Notherben der Wittwe v. S. deren Testament wegen entzogenen Pflichttheils angefochten. Es waren dies die vier Geschwister des Testaments-Erben F. und die Kinder einer verstorbenen Tochter der Erblasserin.

Digitized by Google

Rechtskräftig wurde der Testaments-Erbe auch verurtheilt, den Ersteren $\frac{4}{360}$, den Letzteren $\frac{5}{360}$, zusammen $\frac{49}{180}$ des schuldenfreien Nachlasses als Pflichttheil herauszugeben. Von dem Gesammtnachlasse der 8351 Thlr. 18 Sgr. 3 Pf. waren hiernach 2273 Thlr. 14 Sgr. 8 Pf. zu erlegen.

Die Laura M. klagte hiernächst auf Zahlung der ihr zur freien Disposition beschiedenen 200 Thlr. Der Verklagte F. machte ihr aber den Einwand: daß sie als Legataria zum Pflichttheil beitragen müsse, und zwar in demjenigen Verhältniß, wie der Nachlaß durch die Pflichttheils-Summe von $\frac{49}{180}$ verringert sei. Er berechnete, daß sie diesem Verhältniß zufolge durch die Mobilien und den 3½jährigen Nießbrauch bereits 247 Thlr. 1 Sgr. 10 Pf. erhoben habe und deshalb wegen der eingeklagten 200 Thlr. vollständig befriedigt sei. Er verlangte ferner nicht bloß die Abweisung mit der Klage, sondern widerklagend zugleich die Verurtheilung der Klägerin, zu allen Pflichttheilen nach Verhältniß der ihr im Testament und Codicill ausgesetzten Vermächtnisse, ohne Ausnahme, Beitrag zu leisten.

Die Klägerin bestritt diese Verbindlichkeit, wiederholte jedoch ihre schon früher bei den Nachlaß-Acten abgegebene Erklärung: daß sie, „wenn und soweit der Nachlaß zu den Pflichttheilen nicht ausreichen möchte," Zuschuß leisten wolle. Diese Erklärung war dem Verklagten aber nicht genügend; er behauptete, daß die Klägerin unbedingt $\frac{49}{180}$ sich von ihren Legaten, selbst vom Nießbrauchs-Capital kürzen lassen müsse und es auf Insufficienz des Nachlasses nicht ankomme.

Das Kreisgericht zu Naugard erkannte auch am 3. Juni 1853 in conventione auf Abweisung der Klägerin mit der Forderung von 200 Thlr. und verurtheilte sie in reconventione zur Zahlung der vom Verklagten aus dem Nach-

Digitized by Google

lasse der Wittwe v. S. zu gewährenden neun Pflichttheile nach Verhältniß der ihr im Testamente und Codicill vom 23. November 1847 und 9. April 1849 ausgesetzten Legate, nichts davon ausgenommen, beizutragen.

Auf die Appellation der Klägerin erkannte jedoch das Appellations-Gericht zu Stettin am 8. December 1853 abändernd:

in conventione: daß Verklagter der Klägerin 200 Thlr. mit fünf Procent Zinsen seit Insinuation der Klage sofort zu bezahlen verbunden;

in reconventione: daß es bei der Erklärung der Klägerin: „zur Berichtigung der aus dem Nachlasse der v. S. abzuführenden Pflichttheile verhältnißmäßig mit den ihr aus dem Nachlasse zustehenden Legaten für den Fall, wenn der Nachlaß zur Deckung dieser Pflichttheile nicht zureichen sollte, beitragen zu wollen," zu belassen;

dagegen der Verklagte und Widerkläger mit dem Antrage: die Klägerin zu verurtheilen zu denjenigen Beträgen, die er an neun Pflichttheils-Erben zu zahlen habe, nach Verhältniß der ihr ausgesetzten Vermächtnisse, nichts davon ausgenommen, beizutragen,

abzuweisen sei.

Vom Verklagten wurde noch die Revision erhoben und auf Wiederherstellung des Urtels erster Instanz angetragen. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch am 22. Mai 1854 auf Bestätigung des Appellations-Urtels erkannt:

Gründe.

Es liegt die Frage zur Entscheidung vor:

ob die Legatarien zum Pflichttheil der übergangenen Descendenten des Testators unbedingt oder nur dann beizutragen verpflichtet sind, wenn der Nachlaß zur Bezah-

Digitized by Google

lung der Schulden, Ergänzung der Pflichttheile und Berichtigung der Legate nicht ausreicht?

Die Entscheidung beruht in der Auslegung des §. 334. Thl. I. Tit. 12. und des §. 434. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. Im Tit. 12. „von Testamenten und Codicillen" ist nämlich §§ 325. 332. verordnet, daß der Legatar nur die auf der legirten Sache ruhenden Lasten zu übernehmen, außerdem aber die Lasten der Erbschaftsmasse nicht mitzuübertragen habe, und das Gesetz fährt sodann fort:

§. 333. Der Erbe kann also bloß aus dem Grunde, daß nach Berichtigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibe, den Legatarien keine Abzüge machen.

§. 334. Reicht aber der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung der Pflichttheile oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mit beitragen, oder Abzug leiden.

Im Tit. 2. „von der Erbfolge in absteigender Linie" ist dagegen §§. 391 ff. der Pflichttheil für enterbte oder übergangene Descendenten regulirt und insbesondere §. 434. verordnet;

Zur Entrichtung oder Ergänzung des . . . Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portion beitragen.

Hier ist wörtlich also der Beitrag nicht durch die Unzulänglichkeit des Nachlasses bedingt. Der Richter erster Instanz ist nun der Ansicht gewesen, daß zwischen den §§. 334. und 434. kein Widerspruch vorhanden sei. Im Tit. 12. sei derjenige Pflichttheil gemeint, welcher dem Erben durch das Testament auferlegt worden, und welcher also als eine Erbschaftslast anzusehen sei. Im Tit. 2.

Digitized by Google

dagegen handele es sich um den durch das Testament entzogenen oder verkürzten Erbtheil, und in diesem Falle verordne §. 434. ohne alle Einschränkung: daß sowohl Legatarien als Erben nach Verhältniß ihrer Portionen beizutragen hätten. Das Gesetz unterscheide zwei Fälle: Im ersten Falle, wo der Pflichttheil durch das Testament angeordnet worden, hätten die Legatarien zufolge §. 334. nur bei insufficienter Masse, — im zweiten, hier vorliegenden Falle, wo die Pflichttheilsberechtigten übergangen worden, nach §. 434. unbedingt zum Pflichttheil Beitrag zu leisten.

Der Appellations-Richter ist zwar auch der Ansicht gewesen, daß zwischen den §§. 334. und 434. gar kein Widerspruch vorwalte, daß aber das Gesetz nicht zwischen testamentarischem und übergangenem Pflichttheile unterscheide, beide Gesetze vielmehr eins und dasselbe enthielten und die Zusatzworte im §. 434. „nach Verhältniß ihrer Portionen" lediglich das Verhältniß beträfen, nach welchem in einem Falle mehrere Erben, — im andern Falle mehrere Legatarien unter sich den Pflichttheil abzuführen haben. Er ist hierdurch zu dem Resultate gelangt, daß bei Anwendung des §. 434. demselben das bereits im Tit. 12. §§. 333. 334. gegebene Gesetz hinzugefügt werden müsse und das Gesetz demnach in seinem vollen Umfange also laute:

So lange der Nachlaß zureicht, tragen die Legatarien zum Pflichttheil Nichts bei. Wenn aber der Nachlaß nicht ausreicht: so schießen die Legatarien das Fehlende zu; und wenn ein solcher Fall eintritt, dann sollen mehrere Legatarien unter sich eben so nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen, als bei zureichendem Nachlaß mehrere Erben unter sich auch nur nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen.

Digitized by Google

Der Verklagte, jetzt Revident, hat zwar diese Ansicht zu bekämpfen gesucht; sie muß aber für richtig erachtet werden.

Nach römischem Recht gilt der Grundsatz: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Das A. Landrecht hat diesen Grundsatz verlassen. Es hat in §§. 45. 256. ff. 285. Thl. I. Tit. 12. dem Erblasser gestattet, theilweise über seinen Nachlaß zu verfügen, theilweise es bei der gesetzlichen Erbfolge zu belassen; so daß Intestaterbschaft und testamentarischer Nachlaß jetzt von einander geschieden gedacht und erstere lediglich dem Notherben zugeeignet werden kann. Nach römischem Recht stand ferner dem Testamentserben quarta falcidia zu. L. 1. pr. D. ad legem falcidiam (XXXV. 2.). Da jedoch das testamentum inofficiosum mit Berücksichtigung der legitima bei Kräften blieb,

L. 30. C. de inoff. testam. (III. 28.)

so folgte daraus von selbst, daß die legitima gleich anderen Nachlaßschulden aus der Nachlaßmasse ausgeschieden wurde, und nur der Ueberrest die eigentliche Nachlaßmasse bildete, von welcher der Testamentserbe $^1/_4$ als falcidische Quart erhielt und $^3/_4$ der Legatarien zu Theil wurden. Der Erbe ging letzteren in der Art vor, daß sie selbst zu seiner Befriedigung einen Abzug erleiden mußten, wenn die Legate $^3/_4$ des Nachlasses überstiegen. L. 8. §. 9. D. de inoff. testam. (V. 2.), l. 36. §. 1. C. de inoff. testam. (III. 28.), Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts §. 750, Arnd's Lehrbuch der Pandekten §. 563. Das A. Landrecht hat aber auch die falcidische Quart aufgehoben. Der Erbe kann aus dem alleinigen Grunde, daß nach Befriedigung der Schulden und Vermächtnisse für ihn kein Erbtheil übrig bleibt, den Legatarien keine Abzüge machen. §. 333. A. L. R. Thl. I. Tit. 12. Suarez

Digitized by Google

amtlicher Schlußbericht S. 79. 80. Nach dem A. Landrechte hat der Testamentserbe vielmehr nur das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, oder mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten. §§. 383. 413. Tit. 9., §. 277. Tit. 12. Thl. I. Er kann dem Richter die prioritätische Ordnung der Erbinteressenten und Nachlaßgläubiger überlassen, jedoch sich den Anspruch auf dasjenige, was nach allerseitiger Befriedigung übrig bleibt, vorbehalten.

§§. 57. 60. 67. A. G. O. Thl. I. Tit. 51.

Er kann ferner die Verwaltung des Nachlasses dem Richter übergeben, oder sie selbst übernehmen und Erstattung des Aufwandes, so wie eine billige Vergütung fordern. §. 69. ebendas., §§. 354. 355. A. L. R. Thl. I. Tit. 12, Suarez S. 82. Auf ein Erbtheil dagegen kann er nicht eher Anspruch machen, als bis alle Schulden, Pflichttheile und Legate zur Befriedigung gelangt sind. §§. 481. 486. Tit. 50. und §. 73. Tit. 51. Thl. I. A. G. O. Die gesetzliche Reihenfolge ist sonach diese: daß aus dem Nachlaß zuerst die Gläubiger, sodann die Pflichttheilserben und demnächst die Legatarien zu befriedigen sind.

Was Rechtens sei, wenn für die Legate nicht mehr eine zureichende Masse verbleibt, faßt nun §. 334. A. L. R. Thl. I. Tit. 12. in den Worten zusammen:

> Reicht der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Legate nicht zu, so müssen die Legatarien nach Verhältniß der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mitbeitragen oder Abzug leiden.

Diese Worte sind höchst klar. Müßten die Legatarien schon früher beitragen, ehe die Masse sich für die Legate unzureichend herausgestellt hat, so läge darin eine Reconstituirung oder künstliche Vergrößerung der Erbschaft; der Erbe

Digitized by Google

würde theilweise wieder zur falcidischen Quart gelangen, wiewohl solche durch das Allg. Landr. abgeschafft ist. Nach §. 334. findet also nur im Falle insufficienter Masse ein Abzug an den Legaten statt.

Anders sind nun freilich die Ausdrücke im §. 434. des A. L. R. Thl. II. Tit. 2.

„Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen."

Um diesen §. 434. mit §. 334. Thl. I. Tit. 12. in vollen Einklang zu bringen, hätten hinter dem Worte „müssen" noch die Worte:

falls der Nachlaß nicht zureicht,

eingeschaltet werden sollen. Daraus aber, daß eine solche Einschaltung im §. 434. fehlt, folgt nicht: daß zum Pflichttheil die Legatarien unbedingt beizutragen haben. Der Richter erster Instanz hat mit dem Verklagten die Vorschrift über die Collision zwischen Pflichttheilserben und Legatar gerade im §. 434. Thl. II. Tit. 2. gefunden, weil eben dort über den Pflichttheil gehandelt wird. Dies ist aber unrichtig. Man kann vorweg nicht annehmen, daß der Gesetzgeber eine im §. 334. Tit. 12. ausdrücklich ausgesprochene Bedingung im §. 434. Tit. 2. wieder habe erlassen wollen; es wäre in diesem Falle vielmehr größere Veranlassung vorhanden gewesen, im §. 434. eine bestimmte Modification mit Hinweisung auf §. 334. zuauszusprechen. Der §. 434. muß also schon dieserhalb, wenn er auch minder umfassend sein mag, als wörtliche Wiederholung des §. 334. angesehen werden. Daneben aber würde auch, wenn der Legatar unbedingt den Descendenten-Pflichttheil übertragen helfen sollte, dies mit der Aufhebung der Q. falcidia im §. 333. Tit. 12. ganz unvereinbar sein. Der

Digitized by Google

Grundsatz oder die Bedingung bei der Legatenkürzung war im § 334. ganz unzweideutig ausgesprochen, und es würde dessen Wiederholung im §. 434. gar nicht vorgekommen sein, wenn bei der Redaction des A. Landrechts nicht die Lehre vom Erbrecht (wie auch Bornemann in seiner systematischen Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. 6. S. 2. nicht ohne Grund mißbilligt) so vielfach zerspalten wäre. Im Thl. I. Tit. 9. Abschn. 8. ist die Intestaterbschaft, Anfall, Entsagung ꝛc. — im Tit. 11. Abschn. 4. die Lehre vom Erbschaftskauf, — im Tit. 12. die Lehre von Testamenten, Legaten und Erbverträgen, — im Tit. 17. Abschn. 2. das gemeinschaftliche Eigenthum der Miterben — und im Thl. II. Tit. 1. Abschn. 7, so wie Tit. 2. Abschn. 5. 6, die Erbfolgeordnung der Ehegatten, der Descendenten und Ascendenten behandelt.

Der Gesetzgeber hat es nun angemessen gefunden, den Legatenabzug im Tit. 12. Thl. I. zu ermessen, und bei der Succession in absteigender Linie im Tit. 2. Abschn. 5. §. 434. übersichtlich darauf wieder hinzuweisen. Die Disharmonie zwischen §. 334. und 434. kann nur in den Worten des Gesetzes gefunden werden. Nach dem Geiste und der Redactionsweise des A. Landrechts ist aber der §. 434. lediglich also zu verstehen:

> Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem Kinde entzogenen Pflichttheils müssen (der Erbe, oder wenn deren mehrere ernannt sind) die Erben, und (wenn die Masse nicht zureicht, auch) die Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen.

Es fehlt an allem gesetzlichen Grunde, den Beitrag der Legatarien danach zu regeln: ob der Pflichttheil aus dem Testamente oder gegen dasselbe gefordert ist? Hätte das Gesetz übrigens in der Lehre vom Pflichttheil der Descendenten

Digitized by Google

etwas vom §. 334. Tit. 12. abweichendes bestimmen wollen, so hätte es, bei gleichem Grunde — auch beim Pflichttheil der Ascendenten, von welchem in §§. 501. ff. gehandelt wird, eine gleiche Modification zu treffen Anlaß gehabt. Dort ist aber vom Beitrage der Legatarien Nichts erwähnt. Der §. 503. beschränkt sich vielmehr auf die Regel:

„Diesen Pflichttheil können die Kinder nicht schmälern, noch durch Bedingungen beschränken oder mit Lasten beschweren."

Hier ist also der §. 334. Tit. 12. gewiß im vollsten Umfange geltend geblieben.

Recht des Notherben und Dispositionsbefugniß des Testators sind — wie Suarez S. 164. sagt — mit einander **vereinigt**, oder — wie Gärtner in der Zeitschrift von Simon und von Strampf Bd. 2. S. 422. sich richtiger ausdrückt — mit einander ausgeglichen. Der Notherbe ab intestato hat ein wahres Forderungsrecht an den Nachlaß, ein qualificirtes Erbrecht (Gärtner S. 426. 437. 448.), welches ihm nicht durch den Testator, mithin auch nicht durch den Testamentserben verkümmert werden kann; und der Legatar hat sich also nur dem zu unterwerfen, daß die legitima als **Nachlaßschuld** in Abzug kommt, nicht aber einen Abzug zu Gunsten **des Erben** zu erleiden. Der Widerspruch zwischen beiden Gesetzstellen, welchen der Richter erster Instanz durch Voraussetzung verschiedener Fälle zu heben versucht hat, ist überall nur ein scheinbarer. Es ist völlig gleichgültig, ob der Notherbe im Testament übergangen, oder ob ihm Weniger als der Pflichttheil beschieden ist? Denn der Pflichttheil ist ein Erbrecht ab intestato, welches der testamentarischen Dispositionsbefugniß des Erblassers vorgeht. Auf diesem Wege ist gar nicht zur Vereinigung des §. 334. und 434. zu gelangen. Sedes ma-

Digitized by Google

teriae ist für das Verhältniß zwischen Legatar und Notherbe nicht §. 431, es ist dies vielmehr §. 334, und der §. 434. nur eine Hinweisung auf §. 334. Am wenigsten konnte das Urtel erster Instanz auf den §. 520. A. L. R. Thl. I. Tit. 12. gestützt werden. Ist der Sinn einer letztwilligen Verordnung zweideutig, dann soll nach §. 520. im zweifelhaften Falle die Auslegung zum Vortheil des eingesetzten Erben getroffen werden. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um eine Auslegung des Testaments, vielmehr waren die Notherben ganz übergangen. Das testamentum inofficiosum blieb gültig bis auf den Punkt, daß der Pflichttheil als ein gesetzlicher Erbanspruch aus der Nachlaßmasse auszuscheiden war, weil das A. Landrecht der römischen Rechtstheorie folgt: daß der Testator, welcher den Notherben übergeht, nicht furiosus aut demens, sondern nur vorübergehend insanae mentis gewesen.

L. 2. D. de inoffic. testam. (V. 2.)

Hinsichts der Notherben fehlt es ganz an einem Testament als Gegenstand der Auslegung.

Aus allem diesen ergiebt sich, daß die Klägerin zwar, wenn nach Erlegung der Pflichttheile von 2273 Thlr. 14 Sgr. 8 Pf. nicht Masse genug verbleiben möchte, um sämmtliche Legate der Wittwe v. S. zu berichtigen, sich einem verhältnißmäßigen Abzug an den Legaten unterwerfen muß, wozu sie sich auch erboten hat; nicht aber ist dieselbe schuldig, unbedingt und selbst bei ausreichender Masse den Beitrag zu leisten. Eine Insufficienz hat aber Verklagter zur Zeit noch nicht dargethan, und er kann ihr daher weder das fällige Capitallegat der 200 Thlr. compensationis modo vorenthalten, noch reconveniendo unbedingt einen Beitrag zu den Pflichttheilen fordern.

Diesen Grundsätzen entsprechend lautet das Appellations-Urtel, und ist demnach zu bestätigen gewesen.

Digitized by Google

№ 7.

Priorität der vor der Besitztitelberichtigung angemeldeten Hypotheken.

Auch in Ansehung derjenigen Hypothekentitel, welche gegen den Eigenthümer des zur Hypothek stehenden Grundstücks vor der auf denselben erfolgten Besitztitelberichtigung erworben und zur Eintragung angemeldet sind, entscheidet die Reihefolge der Anmeldung über die, bei der demnächst nach erfolgter Besitztitelberichtigung vorzunehmenden Eintragung der Hypotheken, denselben gebührende Priorität, jedoch mit Vorbehalt des im §. 408. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. angeordneten, im Plenarbeschlusse vom 4. November 1850 näher definirten Vorzugsrechtes gewisser, von dem früheren Eigenthümer constituirter Hypotheken. Präjudiz No. 2535.

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §§. 16. 405—408.

Plenarbeschluß vom 4. Novbr. 1850 (Entsch. Bd. XX. S. 28.).

Bei der Kaufgelderbelegung in der nothwendigen Subhastation gewisser Grundstücke zu N. ist die Priorität streitig geworden zwischen zwei eingetragenen Gläubigern, dem D., als Cessionar des E., wegen einer Forderung von 14900 Thlr., und dem Apothekergehülfen W., wegen einer Forderung von 4000 Thlr., indem jeder den disponiblen Theil der Kaufgelder, 397 Thlr. 1 Pf. betragend, für sich in Anspruch nimmt. Beide Forderungen beruhen auf rechtskräftigen Erkenntnissen, die gegen den Subhastaten Dr. W. ergangen, und laut Requisitionen der Prozeßrichter zur hypo-

Digitized by Google

thekarischen Eintragung angemeldet sind, zu einer Zeit, da der Besitztitel des fr. Grundstücks noch nicht auf denselben berichtigt war. Als es ex decr. vom 22. März 1852 zur Besitztitelberichtigung auf den Dr. W. kam, wurden gleichzeitig die beiden Forderungen sub Rubr. III. eingetragen, diejenige des E. (Cedenten des Provocaten O.) sub No. 2., diejenige des Provocanten W. sub No. 3., doch besagte ein später ex officio am 3. Mai 1851 eingetragener Vermerk, daß die Priorität zweifelhaft und streitig sei.

Der Antrag des Prozeßrichters wegen der Forderung des Provocanten W. ist am 6. Juli 1851, derjenige wegen der Forderung des E., Cessionars des Provacaten O., am 6. August 1851 zu den Grundacten eingereicht. Auf diese Priorität der Anmeldung gründete sich Provocant W., während der Provocat O. theils die wirklich geschehene Eintragung seiner Forderung mit einem höheren Range, theils die Priorität einer Anmeldung, präsentirt am 25. Mai 1851 geltend machte, welche damals zurückgewiesen und erst nachträglich wieder zu den Grundacten gekommen war.

Der erste Richter, das Kreisgericht Calbe, sprach durch Urtel vom 15. Juli 1853 die Streitmasse dem Provocaten O. zu.

Auf die Appellation des Provocaten W. änderte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Magdeburg am 21. November 1853 das erste Urtel und erkannte auf Theilung der Masse unter den Parteien nach Verhältniß ihrer Hypothekenforderungen, indem er die Priorität der vor der Besitztitelberichtigung liegenden Anmeldungen überhaupt nicht berücksichtigte.

Auf die eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde beider Theile ist das Urtel von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 20. Juni 1854 vernichtet worden, aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Der Appellations-Richter erachtet die unter den Parteien bestrittene Frage: ob die Forderung des Einen oder die des Andern als die zuerst zum Hypothekenbuche angemeldete zu betrachten sei? deshalb für unerheblich, weil beiderseitige Anmeldungen aus einer Zeit herrühren, in welcher für den Eigenthümer des zur Hypothek stehenden Grundstücks, ihren Schuldner, der Besitztitel noch nicht berichtigt war, und weil nach der Ansicht des Richters bei diesem Verhältnisse die Priorität der Anmeldung nicht maaßgebend ist, vielmehr die zur Zeit der Besitztitelberichtigung, oder vor derselben, dem Hypothekenrichter vorliegenden Anmeldungen von Hypothekenschulden des neu eingetragenen Besitzers, als gleich Berechtigte betrachtet werden müssen.

In der Bekämpfung dieser rechtlichen Ansicht gehen die Nichtigkeits-Beschwerden beider Theile zusammen, und es erscheint auch der von Beiden erhobene Vorwurf einer Verletzung und resp. unrichtigen Anwendung der von dem zweiten Richter in Betracht gezogenen Vorschriften des A. L. R. Thl. I Tit. 20. §§. 404—406. 409—412. und §. 16., sowie §§. 30. 56. 131. Tit. II. der Hypothken-Ordnung begründet. Die Ansicht des Appellations-Richters tritt in Widerspruch mit dem Plenarbeschlusse vom 4. Novbr. 1850, und namentlich mit den Gründen, aus welchen derselbe hervorgegangen ist. Es handelte sich damals von der Auslegung des §. 408. Thl. I. Tit. 20., der ein gewisses Vorzugsrecht für von dem früheren Eigenthümer constituirte und bei der Besitztitelberichtigung auf den neuen Besitzer eingetragene Hypotheken, gegenüber denjenigen bestimmt, welche dieser neue Besitzer vor der Besitztitelberichtigung anderen Personen constituirt hat, und die, falls vorzeitig eine Eintragung erfolgt war, gemäß §. 16. und §. 405. Thl. I.

Digitized by Google

Tit. 20. A. L. R. durch die Besitztitelberichtigung von selbst Wirksamkeit erlangen. Der Plenarbeschluß beschränkt diesen Vorzug auf solche Rechte, welche sich der Veräußernde bei der Veräußerung des Grundstücks vertragsmäßig vorbehalten hat, und läßt im Uebrigen die Priorität der von dem neuen Erwerber constituirten, vor der Besitztitelberichtigung angemeldeten Hypotheken gelten.

Diese im Gegensatze zu dem in der Entscheidung Bd. 7. S. 220 ff. ausgesprochenen Grundsatze adoptirte Auslegung des §. 408. a. a. O. beruht eben auf einer Widerlegung der damals und auch von dem gegenwärtigen Appellations-Richter aus den §§. 404. 405. und der Regel, daß Hypothekenrechte nur durch die wirkliche Eintragung erworben werden, hergeleiteten Folgerungen. Bei diesen Folgerungen wird, wie in der Ausführung des Plenarbeschlusses dargelegt worden, der auch in den Entscheidungen Bd. 9. S. 289. näher entwickelte doppelte Sinn des Wortes „Hypothekenbestellung" verkannt, welches sowohl für die erst durch die Eintragung perfect gewordene Erwerbung des Hypothekenrechts, als für die Constituirung des Titels, die Pfandbestellung des Eigenthümers, gebraucht wird. In dem ersten Sinne kann natürlich von einer Hypothekenbestellung nicht die Rede sein, so lange der Besitztitel für den Constituenten noch nicht eingetragen ist, und dies sagt der §. 405. In dem andern Sinne dagegen erscheint die von dem nicht eingetragenen Eigenthümer geschehene Constituirung des Titels zum Pfandrecht vollkommen rechtsgültig, da sie ein Ausfluß der Befugnisse ist, welche in dem, ohne Rücksicht auf die noch fehlende Besitztitelberichtigung erworbenen Eigenthum liegen. Nichts hindert den Hypothekengläubiger, den Act der Anmeldung einer dergestalt rite constituirten Hypothek vor der erfolgten Besitztitelberichtigung vorzunehmen.

Digitized by Google

Der §. 131. Tit. II. Hypoth.-Ord. sagt nur, daß, so lange der Besitztitel nicht berichtigt ist, keine Eintragung stattfindet, und ein Mehreres ist auch aus dem, übrigens auf den Fall, daß der Besitzer das Document überreicht, allein bezüglichen §. 56. nicht zu entnehmen. Damit ist sehr wohl vereinbar, daß, wie es der Praxis auch ganz gemäß ist, die rite, wenn auch vor der Besitztitelberichtigung erfolgten Anmeldungen zu den Grundacten zurückbehalten worden, damit die Eintragung bei der Besitztitelberichtigung erfolge. Für die Priorität dieser Eintragungen giebt es aber, wie die Plenar-Ausführung aus der Sache selbst, den Motiven und auch aus §. 407. entwickelt, kein anderes Prinzip, als das nach §. 30. Tit. II. der Hypoth.-Ord. allgemein gültige der Anmeldung, das die Regel bildet, und daher selbst den vom vorigen Besitzer constituirten Hypotheken gegenüber mit der einzigen im §. 408. aus speziellen Gründen angeordneten Ausnahme seine Wirkung behauptet. Es ist daher kein gesetzlicher Grund dafür vorhanden, mit dem Appellations-Richter von jener Anmeldung zu abstrahiren und die Rangordnung beider Forderungen gleich festzustellen, vielmehr verstößt dies gegen die allegirten Gesetze.

In der Sache selbst wurde unter Abänderung des ersten Urtels die Streitmasse dem Provocanten W. zuerkannt, nach der Priorität der für ihn geschehenen Anmeldung, wobei die frühere Anmeldung des D. als zu dem in Rede stehenden Folium nicht geschehen, nicht berücksichtigt wurde, übrigens dem Provocaten, wiewohl Cessionar, die Kenntniß der bestrittenen Priorität entgegenstand.

Digitized by Google

№ 8.

Form der Einwilligung des Verpächters in die Afterverpachtung.

Die Einwilligung des Verpächters in die Afterverpachtung bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit nicht der schriftlichen Form, sie ist vielmehr für den Verpächter verpflichtend, wenn sie auch nur mündlich ertheilt ist.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 309 ff. Tit. 4. §§. 94. u. 95.

Der Einsasse Cz. hatte das ihm zugehörige Bauergut durch Vertrag vom 1. Februar 1847 dem Kaufmann M. gegen einen jährlichen Zins von 30 Thlr. bis zum Jahre 1867 verpachtet, M. sein Pachtrecht dem Major v. K., der Letztere aber wiederum der Wittwe B. abgetreten. Der Eigenthümer Cz. hat, wie außer Streit ist, seine Genehmigung in diese Afterverpachtung, wiewohl nur mündlich, ertheilt. Inzwischen hat Cz. das Grundstück dem Einsassen G. verkauft, und dieser forderte von der Wittwe B. die sofortige Räumung des Grundstücks, indem er dieses Verlangen darauf stützte, daß die Genehmigung des Cz. in die Abtretung des Pachtrechts nicht in schriftlicher Form ertheilt sei.

Durch das Urtel des Kreisgerichts zu Strasburg vom 24. Juni 1853 ward der Kläger mit dieser Klage zurückgewiesen, auf eingelegte Appellation von dem Appellations-Gerichte zu Marienwerder aber in dem Urtel vom 13. December 1853 das aufgestellte Klagefundament für rechtlich begründet erklärt und eine weitere Verhandlung in Beziehung auf die von der Verklagten event. aufgestellten Gegenforderungen angeordnet. Gegen diese Entscheidung legte der

Digitized by Google

Verklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein, in Folge dessen auch von dem dritten Senate des Ober-Tribunals unter dem 12. Juni 1854 das Appellations-Urtel vernichtet und in der Sache selbst das erste Urtel bestätigt ist.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat die schriftliche Form für die von dem Verpächter in die Afterverpachtung zu ertheilende Einwilligung deshalb für eine wesentliche erachtet, weil zwischen dem Verpächter einer Seits und dem Pächter und dem Afterpächter anderer Seits ein Vertragsverhältniß sich bilde, und weil nach §. 153. Tit. 5. Thl. I. A. L. R., wenn ein Dritter einem zwischen anderen Contrahenten geschlossenen Vertrage, welcher schriftlich verfaßt werden mußte, beitritt, dieser Beitritt ebenfalls schriftlich erklärt werden müsse. Diese Grundsätze können nicht für richtig anerkannt werden.

Unter gewissen Voraussetzungen kann allerdings bei der Sublocation auch in Beziehung auf den Eigenthümer und Verpächter, wenn dieser dem Afterpachts-Vertrage beitritt, ein Vertragsverhältniß sich bilden. Wenn aber, wie in dem vorliegenden Falle, eben nichts weiter geschehen ist, als daß der Verpächter seine Einwilligung in die Annahme des Unterpächters giebt, so wird durch diese Einwilligung das zwischen dem Verpächter und dem Pächter bestehende Vertragsverhältniß überall nicht, weder unmittelbar noch mittelbar, berührt. Der von dem Pächter angenommene Unterpächter ist vielmehr, dem Verpächter gegenüber, als eine dritte Person zu betrachten, mit welcher der Verpächter in ein besonderes Rechtsverhältniß nicht tritt. Dies folgt aus den unzweideutigen Bestimmungen der §§. 316. 318. und 319. Tit. 21. Thl. I. A. L. R. und auch der §. 317. kann in soweit zu einer anderen Ansicht nicht hinführen, da

Digitized by Google

die in dieser Vorschrift dem Verpächter beigelegte Befugniß, wegen der von dem Unterpächter angerichteten Beschädigungen den Unterpächter unmittelbar in Anspruch zu nehmen, schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten ist. Die Annahme, daß der Verpächter lediglich durch die von ihm in die Afterverpachtung ertheilte Einwilligung dem zwischen dem Pächter und dem Unterpächter abgeschlossenen besonderen Vertrage beitrete, zum Theilnehmer an den durch diesen Vertrag begründeten Rechten und Verbindlichkeiten werde, ist somach eine irrige; der §. 153. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. ist auf ein Verhältniß dieser Art nicht anwendbar, und deshalb von dem Appellations-Richter durch unrichtige Anwendung verletzt.

Wenn das Gesetz dem Miether, sowie dem Pächter es versagt, eigenmächtig und willkührlich das ihm übertragene Gebrauchs- und Nutzungsrecht einem Anderen zu übertragen, so liegt der Grund hiervon darin, daß der Miethe- und Pachtvertrag zu denjenigen Verträgen gehört, wobei es auf persönliches Vertrauen ankommt, und daß es dem Vermiether und Verpächter nicht gleichgültig sein kann, von wem seine Sache gebraucht und genutzt wird. Deshalb erfordert das Gesetz, damit die Uebertragung des Miethe- oder Pachtrechts an einen Dritten mit rechtlicher Wirkung erfolge, die Einwilligung des Vermiethers und des Verpächters, und giebt diesem, wenn die Uebertragung eigenmächtig oder unbefugt erfolgt ist, die Befugniß auf die Entsetzung des Untermiethers oder Unterpächters anzutragen. — §§. 309 folg. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. — Die von dem Vermiether oder Verpächter zu ertheilende Einwilligung soll und kann hiernach keinen anderen Zweck haben, als den möglichen Widerspruch des Vermiethers oder Verpächters gegen die Person des Untermiethers oder Unterpächters zu beseitigen;

Digitized by Google

der Zweck des Gesetzes wird mithin erfüllt, wenn der Vermiether oder Verpächter durch die Ertheilung seiner Einwilligung sich mit der Person des Untermiethers oder Unterpächters einverstanden erklärt. Aus dem Gesichtspunkte eines sich dadurch bildenden Vertragsverhältnisses läßt sich die in dem Gesetze vorgeschriebene Einwilligung nicht auffassen, es liegt vielmehr eine einseitige Willenserklärung vor, deren rechtliche Wirkung und Folgen nach den im Tit. 4. §§. 94. und 95. Thl. I. A. L. R. gegebenen Vorschriften zu beurtheilen sind. Nach diesen Vorschriften ist aber jede Willensäußerung gültig, bei welcher die in den §§. 2. 3. und 4. a. a. O. vorgeschriebenen Erfordernisse anzutreffen sind, in sofern nicht die Gesetze eine bestimmte Form vorgeschrieben haben. Eine solche Form, namentlich daß die Einwilligung des Verpächters schriftlich ertheilt werden müsse, ist nun aber nirgends vorgeschrieben. Das Gegentheil, und daß es der schriftlichen Form nicht bedarf, folgt vielmehr daraus, daß die Entsetzung des Unterpächters oder Untermiethers nach §. 315. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. nur dann gefordert werden kann, wenn der Unterpächter oder Untermiether eigenmächtig oder unbefugter Weise angenommen worden ist. Von einer Eigenmächtigkeit kann aber nicht die Rede sein, wenn der Verpächter seine Einwilligung, obschon nur mündlich, ertheilt hat. Unter solcher Voraussetzung handelt der Pächter, indem er sein Pachtrecht an einen dem Verpächter vorgestellten Dritten abtritt, im guten Glauben, und der Verpächter, welcher einen Widerspruch nicht nur nicht geltend gemacht, sondern seine Einwilligung ausdrücklich erklärt hat, kann rechtlich nicht gestattet sein, sich auf eine ermangelnde, in dem Gesetze nicht vorgeschriebene Form zu berufen.

Hiernach beruht die Entscheidung des Appellations-Richters auf Grundsätzen, die in dem Gesetze keine Recht-

Digitized by Google

fertigung finden, das Urtel des Appellations-Richters hat deshalb vernichtet, in der Sache selbst aber, da dem Kläger zu dem erhobenen Anspruche jedes rechtliche Fundament ermangelt, das den Kläger abweisende erste Erkenntniß bestätigt werden müssen.

№ 9.

Verpflichtung zur Reparatur bei Pachtverträgen.

Soweit der Pachtvertrag nichts Anderes bestimmt, tritt auch in Betreff der Reparaturen der Wirthschafts-Gebäude die Verpflichtung des Pächters, solche allein zu übernehmen, nur alsdann ein, wenn die Reparaturen entweder durch sein Versehen veranlaßt sind, oder bloß von der Bedeutung erscheinen, daß sie mit den Materialien des verpachteten Gutes und durch die Arbeit des Gesindes und der Dienstleute desselben bestritten werden können.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 440 ff.

Der Oberamtmann v. G. pachtete laut gerichtlichen Vertrages vom 25. Juni 1851 von dem Fürsten v. E. die Vorwerke M. und B. auf die Zeit vom 1. Juli 1851 bis dahin 1863. Der Pachtvertrag bestimmte in den §§. 12. bis 14. Folgendes:

§. 12. Hinsichtlich der Conservation und Bewirthschaftung. Wegen Erhaltung und Bewirthschaftung der Pachtobjekte resp. Unterhaltung der Gebäude bleibt es mit folgender Erläuterung

Digitized by Google

resp. Ausnahme bei den gesetzlichen Bestimmungen der §§. 433—451. Tit. 21. Thl. I. des Preußischen Landrechts. — Zu den, §. 436. erwähnten, Hauptveränderungen in der eingeführten Wirthschaftsart wird auch eine Veränderung der zeitherigen, in der anliegenden Beschreibung angegebenen Fruchtfolge betrachtet, welche übrigens dem Pächter nicht erschwert werden soll.

§. 13. disponirt über Neubauten.

§. 14. Reparaturen. Reparaturbauten werden vom Verpächter, soweit sie nicht nach §§. 441. und 442. Tit. 21. Thl I. des Landrechts aus des Pächters alleinigen Mitteln zu übernehmen, ebenfalls besorgt und zahlt Pächter außer Lieferung des Strohes, der Fuhren und der Handdienste einen jährlichen Beitrag von fünf Procent des jährlichen Pachtgeldes, also 160 Thlr. ohne Anrechnung auf das Pachtgeld. Die Reparaturen, welche zur Ausführung kommen sollen, werden durch eine von den fürstlichen Baubeamten jährlich abzuhaltende Bau-Revision festgestellt und veranschlagt, wobei dem Pächter die Ausführung der Bauten selbst zu übernehmen freigestellt sein soll ꝛc.

In Folge einer solchen im Jahre 1852 stattgehabten Revision ergab sich, außer anderen Reparaturen, die Ausbesserung des Strohdaches eines Wirthschafts-Gebäudes und einiger Krippen, Raufen und Krippengerüste als nothwendig. Es wurde zwischen dem Pächter und Verpächter streitig, wer von ihnen diese Gegenstände zu unterhalten habe. Der Verpächter verlangte, daß der Pächter jene Ausbesserungen auf eigene Kosten bewerkstelligen solle und erklärte bei den weiter hierüber gepflogenen Verhandlungen denselben

ben für verbunden, überhaupt alle, auf die in dem §. 440. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. genannten Gegenstände bezüglichen Reparaturen aus eigenen Mitteln zu tragen.

Der Pächter erachtete dagegen den Verpächter auf Grund des §. 14. des Pachtvertrages für verpflichtet, die Reparaturen der ihm verpachteten Realitäten zu besorgen und erhob Klage wider denselben mit dem Antrage:

den Verklagten zu verurtheilen, die sämmtlichen auf den Vorwerken M. und B. in der Zeit vom 1. Juli 1851 bis dahin 1863 an den im §. 440. des A. L. R. Thl. I. Tit. 21. erwähnten Gegenständen nöthig werdenden Reparaturen, mit Einschluß der in der Verfügung vom 4. November 1852 erwähnten Krippen, Raufen, Krippengerüste und Strohbedachung, auf eigene Kosten, mit Berücksichtigung des vom Kläger zu gewährenden Strohes, der Fuhren und Handdienste, bewirken zu lassen, soweit Kläger dieselben nach Maaßgabe des ihm vorzulegenden Anschlags nicht selbst zu übernehmen Willens ist.

Der Verklagte widersprach und beantragte dagegen:

den Kläger nicht nur mit seiner Klage abzuweisen, sondern reconveniendo auch zu verurtheilen, die Wirthschafts-Gebäude der von ihm erpachteten Vorwerke M. und B. in Dach und Fach, so wie die Dämme, Teiche, Wege und Gräben, Brücken, Verzäunungen, Gehege, Mühlen und Wasserleitungen in gutem Stande zu erhalten.

Zur Begründung dieser Anträge führte Verklagter an, daß er nach §. 14. des Pachtvertrages zwar die Reparaturen zu tragen, dagegen nicht die Wirthschafts-Gebäude in Dach und Fach und die Dämme, Teiche, Gräben, so wie die übrigen im §. 440. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. aufgeführten Gegenstände in gutem Stande zu erhalten habe. Letztere, durch §. 440. a. a. O. ausgesprochenen Verbind-

Digitized by Google

lichkeiten erklärte er vielmehr als generell verschieden von den Reparaturen, deren in den §§. 441. ff. a. a. O. Erwähnung geschähe. Insbesondere hielt er den im §. 440. gebrauchten Ausdruck: „in Dach und Fach erhalten", für einen rein technischen, der sich lediglich auf die Instandhaltung der innern Scheidewände und der Bedachungen eines Gebäudes beziehe, während unter Reparaturen im Sinne der §§. 441. ff. alle sonstigen Ergänzungen und Wiederherstellungen weiterer Mängel an den Baulichkeiten zu verstehen seien. Die genannten Krippen, Raufen und Krippengerüste erklärte der Verklagte für Gutsinventarienstücke, deren Instandhaltung nach den §§. 433—471. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. dem Pächter zur Last falle.

Das Kreisgericht zu Sprottau trat dem Verklagten bei und wies durch Erkenntniß vom 8. April 1853

in conventione den Kläger mit seinem Klageantrage ab,

verurtheilte denselben aber

in reconventione nach dem Antrage des Verklagten.

Kläger appellirte. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Glogau änderte hierauf durch Urtel vom 27. October 1853 die erste Entscheidung ab und verurtheilte

in conventione den Verklagten nach dem Antrage des Klägers zur Leistung der, an den im §. 440. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. erwähnten Gegenständen nöthig werdenden Reparaturen, jedoch mit Ausnahme der in den §§. 441. und 442. a. a. O. vorgesehenen Fälle,

und wies

in reconventione den Verklagten angebrachtermaaßen ab.

Der Appellations-Richter legte seiner Entscheidung die Ausführung zum Grunde, daß der §. 440. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. nur einen generellen Grundsatz hinsichtlich der Conservation der Gebäude und der übrigen daselbst genann-

Digitized by Google

ten Objekte aufstelle, der durch die weiteren Bestimmungen der §§. 441—448. a. a. O. eine modifizirte und detaillirte Ausführung erlange. Durch §. 14. des Pachtvertrages sei nun die im §. 440. dem Pächter auferlegte Conservationspflicht im Punkte der Reparaturen, mit Vorbehalt der in den §§. 441. und 442. besonders vorgesehenen Fälle, gegen eine baare jährliche Geldzahlung vom Pächter abgelöst und auf den Verpächter übertragen worden. Demnach habe letzterer auch die Reparaturen der in Rede stehenden Krippen, Raufen und Krippengerüste zu besorgen, weil diese Gegenstände niet- und nagelfest mit den Stallgebäuden verbunden und als integrirender Theil derselben anzusehen seien.

Mit dem Reconventions-Antrage wies der Appellations-Richter den Verklagten deshalb angebrachtermaaßen ab, weil dieser Antrag sich nur dem äußerlichen Wortlaute nach dem §. 440. anschließe, nach Sinn und Zweck aber den §. 440. in der unrichtigen und dem §. 14. des Pachtvertrages widerstreitenden Auffassung des Verklagten zur Geltung bringen solle.

Gegen diese Entscheidung hat der Verklagte zwar die Revision eingelegt; der dritte Senat des Ober-Tribunals hat jedoch am 3. Mai 1854 das zweite Erkenntniß bestätigt.

Gründe.

Der zwischen den Parteien über die Vorwerke M. und W. geschlossene Pachtvertrag vom 25. Juni 1851 erklärt im §. 12. hinsichtlich der Conservation und Bewirthschaftung der Pachtgüter die gesetzlichen Vorschriften der §§. 433. bis 451. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. für maaßgebend und bestimmt sodann, nachdem im §. 13. über Neubauten Dispositionen getroffen sind, im §. 14. wörtlich:

Reparaturen werden vom Verpächter, soweit sie nicht nach §§. 441. und 442. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R.

Digitized by Google

aus des Pächters alleinigen Mitteln zu übernehmen sind, ebenfalls besorgt.

Die praktische Anwendung dieser Bestimmung, zunächst auf einige spezielle Baulichkeiten, hat zwischen den Parteien Differenzen hervorgerufen, wodurch sodann der Umfang der einer jeden von ihnen obliegenden Reparaturleistungen überhaupt in Frage gestellt worden ist. Die Parteien gehen hierbei von einer verschiedenen Auffassung der §§. 440. ff. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. aus, welche jenen Festsetzungen des Pachtvertrages zum Grunde gelegen haben. Es ist daher nöthig, die Bedeutung dieser gesetzlichen Vorschriften festzustellen.

Zunächst ergiebt der systematische Zusammenhang des Gesetzes, daß die Reparaturen, deren in den §§. 441. ff. gedacht wird, sich auf die im §. 440. erwähnten Objekte des Landgutes beziehen. Es folgt dies aus dem Marginale zu §. 440, welches die §§. 440—448. unter Einen Gesichtspunkt zusammenfaßt, so wie daraus, daß sich, außer den im §. 440. aufgeführten Gegenständen, andere in den §§. 440—448. nicht erwähnt finden, während der §. 449. sofort, unter einem neuen Marginale, auf einen neuen Gegenstand übergeht und hierbei im §. 450. die Vorschriften der §§. 441—444. als ebenfalls maaßgebend wiederholt werden.

Ueber die Reparaturen an jenen Objekten bestimmt der §. 441:

„Alle Reparaturen", also ohne Unterschied, soweit sie auch nur durch ein geringes Verfehen des Pächters entstanden sind, soll letzterer tragen.

Der §. 443. geht dann auf „andere Reparaturen," die nicht durch Verschulden des Pächters entstanden sind, über und scheidet diese wieder, je nachdem sie durch die Kräfte des Pachtgutes selbst bestritten werden können, — diese soll

Digitized by Google

der Pächter allein tragen; — oder darüber hinausgehen. Im letzteren Falle sind sie dem Verpächter auferlegt, wobei indessen der Pächter wieder mit den Kräften des Gutes nach Maaßgabe des §. 447. Hülfe leisten muß.

Hiernach ist für alle Reparaturen als Haupteintheilungsgrund das Verschulden des Pächters, und für die vom Pächter nicht verschuldeten als anderer und engerer Eintheilungsgrund die Kraft des Gutes aufgestellt.

Der Verklagte subsumirt dagegen die Reparaturen nicht unter diesen allgemeinen Gesichtspunkt. Er ist vielmehr der Ansicht, daß im §. 440. a. a. O. gewisse Reparaturen dem Pächter vorweg auferlegt seien. Die Eingangsworte des §. 443. „andere Reparaturen" sollen daher nicht nur den Gegensatz zu den in den §§. 441. und 442. erwähnten, sondern auch zu den, im §. 440. seiner Meinung nach enthaltenen Reparaturen aussprechen, sich also nur auf die Reparaturen beziehen, welche außerhalb des Bereiches der §§. 440—442. liegen. Für diese Interpretation findet er einen scheinbaren Stützpunkt in den Worten des §. 440: „besonders ist der Pächter, die Wirthschaftsgebäude in Dach und Fach zu erhalten, schuldig."

Der Verklagte hält diesen Ausdruck für einen rein technischen, der sich lediglich auf die Instandhaltung der inneren Scheidewände und der Bedachungen eines Gebäudes beziehen soll, und hat sich für diese Bedeutung auf das Gutachten eines Bauverständigen berufen.

Diese Auffassung des Verklagten ist jedoch eine unrichtige. Daß das Gesetz einen so concreten Inhalt mit jenen Worten nicht hat verbinden wollen, folgt schon daraus, daß der Ausdruck: „in Dach und Fach erhalten" denn in den weiteren Worten des §. 440. rücksichtlich der Dämme, Wege, Teiche und einiger anderer Gutsrubriken enthaltenen Aus-

Digitized by Google

drücke: „in gutem Stande erhalten" entspricht. — Der, sprachlich nur auf Gebäude anwendbare Ausdruck: „in Dach und Fach erhalten", konnte bei den Dämmen, Wegen, Teichen u. s. w. nicht beibehalten werden; man vertauschte ihn also mit dem Ausdrucke: „in gutem Stande erhalten", und man erklärte durch diesen Umtausch gleichzeitig den Sinn der Worte: „in Dach und Fach erhalten", welcher sich hiernach eben als: „das in gutem Stande Erhalten" der Wirthschaftsgebäude ergiebt. Diese Bedeutung muß um so mehr für die allein richtige gelten, als sie mit dem gemeinüblichen Sprachgebrauche vollkommen übereinstimmt, wonach unter dem Ausdrucke: „in Dach und Fach erhalten" ebenfalls die Erhaltung eines Gebäudes in gutem oder baulichem Stande begriffen wird. — (Vergl. Adelung's Wörterbuch beim Worte: „Dach".) Der Appellations-Richter hat es daher mit Recht für unzulässig erklärt, sich die Interpretation jener gesetzlichen Bestimmung durch einen Bauverständigen geben zu lassen.

Nach dem Inhalte des §. 440. a. a. O. ist demnach die Pflicht des Pächters keine andere, als die daselbst genannten Gegenstände in gutem Stande zu erhalten. Wollte man darunter schon die Pflicht zur Reparaturleistung mit einbegriffen halten, wie dies die Ansicht des Verklagten ist, so würde bereits durch §. 440. dem Pächter ein für allemal die Reparaturlast an den darin genannten Gegenständen auferlegt sein, und es würde der in den §§. 441. ff. getroffenen Vertheilung der Reparaturen entweder an einem Gegenstande fehlen, oder der Gesetzgeber würde sich durch diese Vertheilung in einen logischen Widerspruch gegen seine im §. 440. gegebenen Dispositionen gesetzt haben, da es nicht möglich ist, daß an denselben Objekten die Reparaturpflicht einmal dem Pächter allein und alsdann wieder dem Pächter theilweise in Gemeinschaft mit dem Verpächter obliegen sollte.

Digitized by Google

Auch dadurch wird man also auf die obige Interpretation als die allein richtige zurückgeführt. Die durch den §. 440. dem Pächter auferlegten Verbindlichkeiten beschränken sich demnach auf die Sorgfalt für die Erhaltung im engsten Sinne des Wortes, worunter namentlich auch die Pflicht der Anzeige solcher Reparaturen, die dem Verpächter obliegen, begriffen wird — §. 445. a. a. O. —, so daß die Vornahme von Reparaturen selbst schon außerhalb jenes Begriffes liegt und lediglich den besonderen Bestimmungen der §§. 441. ff. unterworfen ist.

Bei dieser Auffassung findet der im §. 446. gebrauchte Ausdruck: „kleine Reparaturen", deren Besorgung als Obliegenheit des Pächters bezeichnet wird, seine volle Bedeutung. Diese allein, in dem im §. 443. a. a. O. näher bezeichneten Umfange, hat der Gesetzgeber dem Pächter auferlegen wollen. Er hat damit ein Prinzip zur Geltung gebracht, welches den praktischen Verhältnissen der Landgüterpachtungen vollständig entspricht; das Pachtgut soll sich, soweit dies ohne erheblichen Nachtheil des Pächters möglich ist, durch sich selbst ergänzen und erhalten.

Wollte man dagegen der Ansicht des Verklagten folgen, so fehlt es an jedem haltbaren Grunde, weshalb rücksichtlich der Reparaturen, die an den im §. 440. a. a. O. genannten Gegenständen vorzunehmen sind, ein anderes Prinzip zur Anwendung kommen sollte, als in Betreff der übrigen Reparaturen; weshalb also insbesondere die Bedachungen und die inneren Scheidewände der Wirthschafts-Gebäude von dem Pächter allein reparirt werden sollten, während die Reparaturen der Außenwände, Thüren, Fenster u. s. w. bald vom Pächter allein, bald vom Pächter und Verpächter, je nachdem sie größer oder kleiner sind, gemeinschaftlich zu tragen wären.

Digitized by Google

Ist hiernach die Ansicht des Verklagten über die Bedeutung der §§. 440. ff. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. eine unrichtige, so erklärt es der Appellations-Richter mit Recht als eine für die Zwecke des Verklagten müßige Behauptung, daß durch die §§. 12—14. des Pachtvertrages jene gesetzlichen Vorschriften keine Abänderung erlitten haben. Bringt man die Disposition des §. 14. des Pachtvertrages, daß der Verpächter die Reparaturen zu besorgen habe, mit den vorangegebenen gesetzlichen Bestimmungen in Verbindung, so muß nunmehr der Verklagte, als Verpächter, alle in den Kreis der §§. 443. ff. a. a. O. fallenden Reparaturen besorgen, mithin auch die Reparaturen der in dem §. 440. a. a. O. genannten Gegenstände, wogegen ihm der Pächter ein jährliches Aequivalent von 5 Procent des Pachtzinses zu entrichten und mit Stroh, Hand- und Spanndiensten Hülfe zu leisten hat. Zu diesen Reparaturen gehören aber insbesondere die Ausbesserungen an dem, in der Klage und in der Verfügung vom 4. November 1852 bezeichneten Strohdache eines Wirthschafts-Gebäudes.

Es ist nun weiter noch streitig, welchen Bestimmungen die ebendaselbst erwähnten Krippen, Raufen und Krippengerüste unterliegen. Der Verklagte hat sie für Gutsinventarienstücke erklärt, deren Unterhaltung dem Kläger, als Pächter, obliege. Auch hierin kann dem Verklagten nicht beigepflichtet werden.

Die gedachten Gegenstände sind vielmehr Zubehör der Stallgebäude, mit denen sie niet- und nagelfest in Verbindung gebracht sind, was in contumaciam anzunehmen ist, da Verklagter sich über den ihm hierüber angetragenen Eid nicht erklärt hat, — und die Stallgebäude ohne sie zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden können. — §§. 42. 46. und 80. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. — Sie theilen daher

Digitized by Google

das Schicksal der Hauptsache, — §. 105. a. a. O. — und müssen also im vorliegenden Falle, wie die Stallgebäude selbst, vom Verklagten reparirt werden.

Der Verklagte ist demzufolge den ihm contractmäßig obliegenden Verbindlichkeiten entgegengetreten und hat dem Kläger gerechten Grund gegeben, zur Feststellung des streitigen Prinzips, in der Weise, wie dies geschehen, die richterliche Hülfe anzurufen.

In der Widerklage wird nach den ungweideutigen Intentionen des Verklagten zwar ebenfalls die Besorgung von Reparaturen gegen den Kläger zur Geltung gebracht; nach dem Wortlaute der Widerklage dagegen und der damit verbundenen, oben entwickelten gesetzlichen Bedeutung des gleichlautenden §. 440. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. handelt es sich aber lediglich um die allgemeine Conservationspflicht des Pächters. Die desfallsigen Verbindlichkeiten hat indessen der Kläger noch niemals in Abrede genommen. Der Verklagte hat daher keinen Grund zur Beschwerde, wenn ihn der Appellations-Richter mit seinem ungerechtfertigten Antrage nur angebrachtermaaßen abgewiesen hat.

Es war sonach das Appellations-Erkenntniß überall zu bestätigen.

№ 10.

Besitzhandlungen Behufs der Ersitzung des Eigenthums oder einer Servitut. Ersitzung einer Grundgerechtigkeit auf Grundstücken in der Mark, auf die eine gleiche Befugniß einer Kirche oder Pfarre schon zusteht.

1. Demjenigen, welcher das Eigenthum des im Be-

Digitized by Google

sitze eines Dritten befindlichen Grundstücks erfolglos in Anspruch genommen hat, kann — wenn er hiernächst gegen eben dasselbe eine Servitut auf Grund der Verjährung geltend macht — der Einwand nicht entgegengesetzt werden, daß er die betreffenden Besitzhandlungen in der Meinung eines ihm zustehenden Eigenthums vorgenommen habe. Präjudiz No. 2529.

A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §. 14. u. Thl. I. Tit. 7. §§. 81. 82.

2. Die Unverjährbarkeit der Kirchen- und Pfarrgrundstücke in der Mark, und die Unzulässigkeit der Verjährung von Servituten gegen eben dieselben, schließt nicht aus, Grundgerechtigkeiten, insbesondere Hütungsrechte auf Privatgrundstücke durch Verjährung zu erwerben, die einem gleichartigen Rechte Seitens der Kirche oder Pfarre, sei es allein oder mit anderen Berechtigten, resp. dem Eigenthümer selbst, unterliegen. Es wird jedoch zur Vollendung der Verjährung ein 44jähriger Zeitraum erfordert. Präj. No. 2530.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 629. 640.
Entscheidungen Band 18. S. 415 folg.

Die in der Ost-Priegnitz des Potsdamer Regierungs-Bezirks gelegene wüste Mark Groß W., ist nach den zu Anfange des vorigen Jahrhunderts gepflogenen Verhandlungen, gegen einen, früher in Naturalien (Roggen und Buchweizen) bestandenen, später aber in Geld verwandelten und stets unverändert gebliebenen Zins „in stehender Heuer" an die Gemeinde und Dorfschaft Z. vom Fiskus ausgethan

Digitized by Google

worden. Von jener Gesammtfläche hat die dortige Kirche 36 Morgen 56 Ruthen im Besitz, das Uebrige ist unter die Pfarre, den Schulzen, die 15 Bauern, 7 Kossäten und den Wassermüller zu gleichen Theilen vertheilt, welche bei sonst privativer Benutzung der betreffenden Grundstücke noch eine gemeinschaftliche Hütung auf der Mark ausüben.

Der Fiskus, welcher das wesentlich auf einer Verhandlung vom 16. März 1707 beruhende Verhältniß als eine Zeitpacht betrachtete, kündigte diese den Markbesitzern und trug, als letztere dem widersprachen, im Jahre 1840 klagend dahin an:

dieselben zu verurtheilen, die bisher pachtweise besessene wüste Mark Groß W. sofort zu räumen, und dem Domainen-Fiskus gegen Wegfall des dafür entrichteten Zinses zurückzugewähren.

Er ist mit diesem Antrage durch das, in revisorio unterm 14. Oktober 1848 bestätigte Erkenntniß des Ober-Appellations-Senates des Kammergerichts vom 31. August 1846 abgewiesen worden, indem man annahm, daß jene älteren Verhandlungen ein erbliches Besitzrecht begründeten, — hat aber jetzt anderweit noch ein Schaafhütungs-Recht auf der gedachten Mark für das Domainen-Amt Z. beansprucht, und wegen desselben auf Auseinandersetzung nach den Regeln der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 provocirt.

Die Zuständigkeit eines solchen Mithütungsrechts ist von den Grundbesitzern in Abrede gestellt, und deßhalb der Fiskus zu dem Antrage veranlaßt: „jene zu verurtheilen, es anzuerkennen, daß er berechtigt sei, das Aufhütungsrecht mit dem ganzen, nach dem früheren Umfange der Domaine Z. wirthschaftlich zu haltenden Schaafviehstande auszuüben", welcher theils auf die General-Pacht-Anschläge des Amtes Z. aus den Perioden $17\frac{64}{70}$, $17\frac{70}{76}$, $17\frac{91}{97}$, $180\frac{3}{5}$ theils auf Vergleichsunterhandlungen wegen Ueberlassung der Mark

Digitized by Google

aus dem Jahre 1833, theils endlich auf rechtsverjährten Besitz gestützt ist.

Erstere, bei welchen die Grundbesitzer nicht zugezogen waren, erachteten dieselben schon aus diesem Grunde nicht erheblich und beweisunkräftig, die Vergleichs-Verhandlungen aber bedeutungslos, da die über ein fiskalisches Hütungsrecht dort befindlichen Erklärungen nur in Hinblick auf die versuchte gütliche Beilegung der obgewalteten Streitigkeiten abgegeben seien, unter den Erklärenden auch Analphabeten gewesen, denen die Verhandlungen nicht entgegenständen. Was endlich die Verjährung anlangt, so ward bei diesem Fundamente insbesondere eingewendet, daß, — weil

a) nach märkischem Provinzial-Rechte gegen Kirchen- und Pfarrgrundstücke keine Servituten-Verjährung Platz greife, (Entscheidungen Bd. 18. S. 415.) dies Privilegium auch den Genossen des gemeinschaftlich ausgeübten Hütungsrechtes nach §. 640. Thl. I. Tit. 9. A. L. R.

zu statten komme; — anderer Seits aber

b) Fiskus, da er in dem Vorprozesse mit dem Antrage auf Herausgabe der wüsten Mark Groß W. abgewiesen worden, dadurch gleichzeitig auch des Hütungsrechtes daselbst verlustig gegangen sei, indem er solches früher nur als vermeintlicher Eigenthümer der wüsten Mark ausgeübt, und niemals als eine Grundgerechtigkeit gegen fremde Grundstücke in Besitz genommen habe.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse der Königlichen General-Commission zu Berlin und des Königlichen Revisions-Collegiums für Landes-Cultur-Sachen vom 9. August 1851 und 30. September 1852 ist nun der Fiskus — nachdem und wiewohl er seinen ursprünglichen Antrag

Digitized by Google

in zweiter Instanz dahin modificirt hätte, daß der Pfarre und Kirche zu Z. die ungeschmälerte Ausübung ihrer Hütungsgerechtsame in der bisherigen Art vorbehalten bleiben solle, — mit dem beanspruchten Schaafhütungsrechte auch wirklich abgewiesen worden.

Die Richter beider Instanzen hielten die General-Pacht-Anschläge aus den Jahren $17\frac{6}{70}$ und folgenden Perioden so wenig, als die Vergleichsunterhandlungen von 1833 für geeignete und ausreichende Stützpunkte des fiskalischen Anspruches. Ferner wird die erste Entscheidung aus dem, der Verjährung entgegengestellten Einwande sub a motivirt, im Appellations-Erkenntnisse aber vorzugsweise der Einwand sub b zur Geltung gebracht.

Das Appellationsurtel ist vom Fiskus mit der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen. Sie rügt eine Verletzung des, aus §. 13. 14. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. in Verbindung mit den, dort bezogenen Gesetzstellen sich ergebenden allgemeinen Prinzips: „daß eine Grundgerechtigkeit als durch Verjährung erworben anzusehen sei, sobald sie als ein wirkliches Recht in Besitz genommen und rechtsverjährte Zeit hindurch ausgeübt worden sei" und beschuldigt den Appellations-Richter ferner, auch gegen die, diesem Grundsatze mit unterliegenden §§. 81. 82. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. verstoßen, und sie auf einen Fall angewendet zu haben, für welchen sie nicht bestimmt seien.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat auch in seinen Sitzungen vom 12. Januar und 13. Juni 1854 die Beschwerde für begründet erachtet, demgemäß das Appellations-Urtel vernichtet, in der Sache selbst aber noch eine Nach-Instruktion angeordnet, um demnächst anderweit in erster Instanz zu erkennen, aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Nach §. 11. Thl. I. Tit. 22. des A. L. R. kann der Eigenthümer eines Grundstückes in der freien Ausübung seiner aus dem Eigenthum fließenden Rechte nur von demjenigen eingeschränkt werden, welcher dazu ein besonderes Recht erworben hat; — §. 12. a. a. O. nennt eine solche Befugniß „Grundgerechtigkeit," falls sie einem Grundstücke gegen ein anderes zustehet; — während §. 13. a. a. O. den Erwerb derselben auch durch Verjährung gestattet.

Zum Wesen der Grundgerechtigkeit — der dinglichen Servitut — gehört also die Beziehung zweier Grundstücke, zu einander — eines herrschenden und eines dienenden, welche sich wie das Subjekt und Objekt des Rechtes verhalten. So stehen nun im vorliegenden Falle das Amt Z. und die wüste Mark W. — resp. Fiskus Namens des ersteren, Kirche, Pfarre und bäuerliche Wirthe zu Z., als Besitzer der letzteren sich gegenüber und leidet es deshalb kein Bedenken, daß zwischen denselben ein Servitutsverhältniß im Allgemeinen hat ent- und bestehen können.

Ein solches würde auch der Appellations-Richter durch Verjährung für nachgewiesen erachtet haben, wenn nicht — wie gesagt ist — „Fiskus bis zu dem Vorprozesse sich als Eigenthümer der Mark gerirt und als solcher die Hütung ausgeübt hätte;" — es wird also für die Servituten-Verjährung verlangt, daß der Besitzer des angeblich berechtigten (herrschenden) Grundstückes den Inhaber des dienen sollenden als dessen Eigenthümer anerkenne, und die rechtliche Konsequenz eines für das erstere auf dem letztern ausgeübten langjährigen Nutzungsrechtes ausgeschlossen, sobald sich der Servitutsprätendent, — wenngleich völlig irrthümlich — für den Eigenthümer des im Besitze jenes anderen befindlichen Grundstückes gehalten und diese seine Meinung

Digitized by Google

anderweit verlautbart, namentlich im Wege des Prozesses durchzuführen versucht haben sollte. —

Offenbar hat damit der Satz; „nulli res sua servit — nullum praedium ipsum sibi servire potest“ fr. 33. §. 1. D. VIII. 3. zur Geltung gebracht werden sollen, derselbe paßt aber auf ein factisches Verhältniß der vorliegenden Art nicht; — denn obschon sich sagen läßt, daß sobald Jemand in der Meinung, Eigenthümer eines Grundstückes zu sein, gewisse Rechte auf dasselbe ausübt, er gar nicht die Absicht habe, eine Dienstbarkeit zu exerciren, dergleichen auch nicht füglich hegen könne, weil es in seiner Vorstellung an der nothwendigen Voraussetzung eines herrschenden und dienenden Grundstücks fehlt, seine Intention mithin überhaupt nicht dahin gehe, das Eigenthum eines Anderen einzuschränken (§. 11. Theil I. Tit. 22. A. L. R.) und ein selbstständiges dingliches Recht zum Vortheil seines eigenen Grundstückes zu erwerben, vielmehr die Meinung seines Eigenthums an dem betreffenden Grundstück die Besitzergreifung einer Grundgerechtigkeit, als eines Rechtes gegen ein fremdes Grundstück, von selbst ausschließe: so steht doch der Satz, „daß kein Grundstück sich selber dienen könne,“ auf einem ganz anderen Boden und ist ganz unabhängig von der Frage: ob unter der Voraussetzung eines herrschenden und eines dienenden Gutes — also zweier in den Händen verschiedener Besitzer sich befindender selbstständiger Grundstücke — und unter Hinzutritt der übrigen zur Erlangung eines dinglichen Rechtes durch Verjährung nothwendigen Erfordernisse, der Erwerb eines solchen blos deshalb unstatthaft bleibe, weil es nicht mit der bestimmt auf die Einschränkung eines fremden Eigenthumes gerichteten Absicht, sondern irrthümlich als Ausfluß des selbstständigen Eigenthumsrechts ausgeübt worden ist? —

Digitized by Google

Diese muß aber verneint werden. Es können nämlich die rechtlichen Beziehungen, in welchen Jemand zu dem, von einem dritten besessenen Grundstücke, ohne weitere haltbare Unterlagen, zu stehen nur glaubt und seine über die Rechte dieses dritten nur gehegte Meinung an und für sich Rechte weder geben noch nehmen. Mag er sich daher immerhin für den Eigenthümer halten, so ist er es darum noch nicht und anderer Seits wird der Eigenthumsbesitz des Dritten mit seinen Folgen dadurch noch keineswegs erschüttert oder beseitigt, daß solcher von irgend einer Seite bezweifelt oder gar direkt bestritten und angefochten ist.

Da nun im vorliegenden Falle Fiskus mit seinem Antrage: „ihm die wüste Mark Groß-W. zurückzugewähren“ rechtskräftig abgewiesen und damit, wo nicht das Eigenthum, doch wenigstens das erbliche Besitzrecht ihrer Besitzer anerkannt worden ist, so stehet jetzt zugleich auch fest, daß sie in einem solchen Verhältnisse schon früher und namentlich weit über die Periode hinausgestanden haben, welche zum Verjährungserwerb des fiskalischen Hütungsrechtes erforderlich sein würde. Das Letztere ist also in der That nicht auf eine res propria, sondern gegen eine fremde Sache geltend gemacht worden. Es bestehet aber keine gesetzliche Vorschrift, welche verböte oder ausschlösse, den in einem früheren Prozesse thatsächlich ermittelten Befund, wenngleich derselbe die damals daraus gezogenen Folgerungen nicht rechtfertigen mochte, zu einem anderen, minder umfangreichen, und von jenem beseitigten verschiedenen Anspruche zu benutzen; insbesondere kann demjenigen, welcher einen Eigenthums-Anspruch auf das, von einem Dritten besessene Grundstück erfolglos geltend gemacht hat, bloß deßhalb, weil er mit diesem zurückgewiesen worden, nimmermehr versagt sein, gegen dasselbe Grundstück anderweit noch eine Servitut zu

Digitized by Google

beanspruchen und dies durch rechtsverjährten Besitz zu begründen. Dazu ist — außer den sonstigen hier nicht weiter in Frage stehenden positiven und negativen Bedingungen — auf Seiten des Prätendenten weiter namentlich nachzuweisen, daß die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz genommen sei, und dies geschiehet — da bei dinglichen Rechten ein eigentlicher Besitz, wie er bei körperlichen Sachen bestehet, nicht möglich ist — durch die Ausübung des Rechtes (juris quasi possessio). Sie ist die, an Stelle des körperlichen Besitzes der Sachen, tretende Handlung und auf diesen, dem wahren (Eigenthums) Besitze nachgebildeten Rechtsbesitz finden alle gesetzlichen Bestimmungen, wie bei jenem Anwendung, insbesondere bezüglich des Erwerbes, Verlustes und Schutzes; — er führt auch, sobald der Handelnde mit dem Willen auftritt, ein ihm zuständiges Recht zu üben, schließlich zum Erwerbe dieses letzteren selbst durch Verjährung. Als ein wirkliches Recht erscheint aber die Handlung (vergl. Plenarbeschluß vom 27. August 1838, Entscheidungen Bd. IV. S. 169. folg.), wenn derjenige, welcher ihr hätte widersprechen können, dieß nicht thut; der Handelnde erlangt damit den Besitz eines negativen Rechtes — §. 81. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. — und zu diesem gehört namentlich auch das Hütungsrecht, als eine affirmative Servitut des römischen Rechts. Auf die Absicht und Meinung, welche der Handelnde über den Titel seines Rechtes hat, kömmt nichts an; nur das faktische Verhältniß des Besitzstandes ist dabei vorherrschend und im Begriffe des Rechtes liegt es nicht, daß der sonst entschieden ausgeprägte Wille noch besonders qualificirt sei, weshalb denn auch ein Irrthum in den faktischen Voraussetzungen nicht schadet

fr. 5. §. 1. pro suo (41. 10.) D.
fr. 11. D. 41. 4.

Digitized by Google

fr. 2. §. 2. ibidem.
fr. 1. 8. 19. D. 43. 20.
§. 583. Thl. I. Tit. 9. A. L. R.

und nicht nothwendig ist, daß bei Ausübung der, jedesmal in Frage stehenden Befugniß schon die Meinung obgewaltet haben müßte, daß das, im Besitze eines dritten befindliche Objekt der Nutzung auch Eigenthum dieses letzteren, für den Handelnden also ein fremdes sei. Der Prätendent kann sich vielmehr eben so wohl irrthümlich selbst für den Eigenthümer gehalten haben. Denn auch in diesem Falle ist die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht besessen und geübt, die Meinung des Eigenthums an der Sache selbst ist offenbar noch ein Mehreres, als wenn dieselbe gleich für eine fremde angesehen und das wirkliche Recht gegen diese exercirt wäre.

Ein solcher faktischer Irrthum ist sonach für die rechtlichen Folgen des rechtsverjährten und sonst fehlerfreien Besitzes einer streitigen Befugniß um so mehr gleichgültig, als auf der anderen Seite der Besitzer des Grundstückes, gegen welches eine solche in Besitz genommen ist, von seinem Standpunkte aus, auf welchem er, trotz der gegnerischen Meinung, immer als Eigenthümer erscheint, den Besitzhandlungen des Gegners nicht nur widersprechen konnte, sondern es auch mußte, wenn er jenem nicht in den Besitz des (negativen) Rechtes setzen und erhalten wollte, von ihm zu fordern, daß er diese Handlungen auch ferner dulde, (§. 81. Thl. I. Tit. 7. A. L. R.) aus welchen sodann, nach Verlauf der gesetzlichen Verjährungsperiode die rechtliche Zuständigkeit des Rechtes selbst gesichert wird. Wenn nun der Appellations-Richter neben den thatsächlichen Ermittlungen, welche für den Verjährungs-Beweis nach §. 81. 82. Thl. I. Tit. 7. und §. 14. Tit. 22. Thl. I. A. L. R.

Digitized by Google

erfordert werden, sich auch noch auf eine Erörterung des Rechtstitels der fiskalischen Besitzhandlungen dadurch eingelassen, daß er die früheren Eigenthums-Ansprüche des Fiskus auf die wüste Mark Groß-W. in den Bereich seiner Disputation hineinziehet, sie als Grund oder Quelle der Hütungsausübung aufstellt und deren Verwerflichkeit und Verworfensein berücksichtigt, auch bloß deshalb die Verjährung für unzulässig erachtet: so fordert er für solche noch ein Moment, welches jenen Gesetzstellen fremd ist, und trägt in dieselben etwas hinein, was nicht in ihnen liegt. — Denn sie verlangen nicht, daß der Servitutsprätendent, welcher die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht in Besitz genommen, und bei der Möglichkeit eines Widerspruches des ihm gegenüber stehenden Grundbesitzers, ohne einen solchen während rechtsverjährter Zeit ausgeübt hat, daneben auch noch das jenseitige Eigenthum an dem zu belastenden Grundstücke anerkannt, und bei ihm die bestimmte Absicht vorgewaltet haben müßte, das Eigenthum eines dritten beschränken zu wollen.

Die Ansicht des Appellations-Richters verstößt also rechtsgrundsätzlich gegen die oben allegirten Gesetze, und fehlt in gleicher Art durch die Behauptung, daß die Besitzer der wüsten Mark Groß-W. dem fiskalischen Hütungsrechte nicht hätten widersprechen können, so lange jenseits das Eigenthum der Mark beansprucht sei, vielmehr nur letzteres im Allgemeinen zu bestreiten in der Lage gewesen wären. Denn die bloße Eigenthumsprätension des Fiskus schloß nicht aus, daß die Markbesitzer, — welche sich doch ebenfalls als Eigenthümer betrachteten und gerirten, — indem sie jener entgegentraten, und ihr eigenes besseres Recht vertheidigten, entweder gleichzeitig oder auch nur allein dem fiskalischen Hütungsrechte widersprachen; ja sie mußten dies

Digitized by Google

sogar ihm, da — wenn auch die weiter gehenden Forderungen des Fiskus, wie geschehen, zu beseitigen waren — doch neben und außer denselben immer noch diejenigen stehen blieben, welche bei Voraussetzung des eigenen besseren Rechtes aus den übrigen faktischen Verhältnissen sich entwickeln und begründen ließen. — Die Nachtheile, welche auf diese Weise hervortraten, sind reine Folgen einer Unaufmerksamkeit oder Nachlässigkeit, der unterlassene Einspruch gegen derartige Besitzhandlungen setzt den Gegner in den Quasi-Besitz des ausgeübten Rechtes, und dies ist um so unzweifelhafter, wenn, wie hier, die Ausübung nicht unbekannt war. — Die Patientia gilt als quasi traditio. — Da der Appellations-Richter durch seine Argumentation zugleich dahin gelangt, die im §. 81. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. deutlich ausgesprochenen Folgen der Duldung zu beseitigen: so verletzt er auch diesen rechtsgrundsätzlich und sein Urtel fällt auf diese Weise der Vernichtung anheim.

Was die Sache selbst anlangt: so ist hier vorab zu bemerken, daß, obschon Fiskus in dem Vorprozesse nur mit dem Antrage auf Rückgewähr der wüsten Mark Groß-W. abgewiesen, über das Eigenthum derselben aber nicht entschieden und solches eben so wenig dem Fiskus aberkannt, als es der Kirche, Pfarre und den bäuerlichen Wirthen in L. zugesprochen worden ist, dennoch hierüber jetzt kein Zweifel obwaltet; wenigstens hat Fiskus die früher gehegte Meinung eines ihm zuständigen Eigenthums nicht weiter verfolgt und durch die gegenwärtige Provokation mittelbar zu erkennen gegeben, daß er die Gegner als Eigenthümer, mindestens als erbliche Besitzer der Mark betrachte und annehme. Ueber ein fiskalisches Hütungsrecht auf letztere ergeben nun die Verhandlungen von 1707 — auf welchen die Entscheidung des Vorprozesses im Wesentlichen beruhet — nichts,

Digitized by Google

und die General-Pach-Anschläge, deren oben bereits gedacht ist, können den Besitzern der Mark Groß-W. um deshalb nicht entgegenstehen, weil sie ohne ihre Zuziehung angefertigt und rücksichtlich der darin befindlichen thatsächlichen Angaben nicht recognoscirt sind. Auch die Vergleichs-Verhandlungen, welche im Jahre 1833 wegen Verleihung der Mark an deren Inhaber gepflogen wurden, sind — wie der erste Richter mit Grund annimmt — für sich allein nicht geeignet, den gegenwärtigen Anspruch des Fiscus zu rechtfertigen und höchstens als Material zur Unterstützung oder Ergänzung des Verjährungsbeweises zu benutzen, sofern es überhaupt auf einen solchen ankommen möchte, was demnach vor allen Dingen zu erörtern ist.

Der erste Richter will die Verjährung überhaupt ausgeschlossen wissen; er bemerkt: „gegen die Kirche und Pfarre „zu Z., welchen Ländereien auf der wüsten Mark Groß-W. „gehörten und mit verklagt seien, könne nach dem churmärkischen Provinzialrechte, und den, den geistlichen Instituten „darin zugesicherten Privilegien überhaupt keine Verjährung „eintreten; sie habe aber auch gegen die übrigen Verklagten „nicht beginnen können, weil auf sämmtlichen, sonst zwar „im Sonder-Eigenthume eines Jeden befindlichen Ländereien „auch noch ein Hütungsrecht der Markbesitzer ruhe, dieses „ein gemeinschaftliches und ungetheiltes sei und deswegen „drei bäuerlichen Wirthen, als Theilnehmern an diesem gemeinschaftlichen Rechte, auch in Beziehung auf die nicht „kirchlichen ꝛc. Grundstücke das Privilegium der geistlichen „Institute bezüglich der Verjährung zu statten käme."

Der Richter nimmt also an, daß auch gegen Grundstücke von Privatpersonen ein Hütungsrecht durch Verjährung nicht zu erwerben sei, sofern dieselben dem gleichzeitigen Hütungsrechte einer Kirche oder Pfarre mit unterliegen,

Digitized by Google

ein Satz, der für alle in der Mark noch bestehenden Hütungsgemeinheiten von fast unberechenbarer Tragweite und den allerwichtigsten Consequenzen ist, in dieser Allgemeinheit aber als richtig nicht anerkannt werden kann. Nach der Satzung und Ordnung von 1558 der Visitations- und Consistorial-Ordnung von 1573 und dem Circulare vom 16. Februar 1683 steht nämlich nur so viel fest, daß Grundstücke und unablösliche Forderungen, von welchen erwiesen werden könnte, daß sie zu irgend einer Zeit einer Kirche, Pfarre oder Schule zugestanden, unbedingt zurückgefordert werden dürfen, der Besitzer sich also mit dem Einwande der Verjährung, selbst der längsten Zeit, nicht solle schützen können. Zweck und Worte der gedachten Verordnungen haben hiernächst zu der Folgerung geführt, daß gegen Kirchen- ꝛc. Grundstücke nach märkischem Provinzial-Rechte auch keine Servituten durch Verjährung zu erwerben seien (vergl. Entscheidungen Bd. 18. S. 415. folg.) aber noch nie ist in der Rechtsprechung ein Prinzip adoptirt worden, wie es vom ersten Richter aufgestellt worden ist. Dasselbe würde sich auch aus den ergangenen älteren Verordnungen schwerlich herleiten lassen, und bei der jedenfalls obwaltenden Zweifelhaftigkeit der Frage nach §. 54. der Einl. zum Allg. Landr. eine beschränkende Deutung derselben Platz greifen müssen. Es hat übrigens auch das Ober-Tribunal bereits früher in diesem Sinne geurtheilt, und da nun in der vorliegenden Sache rechtlich so wenig als factisch irgend etwas beigebracht worden ist, was eine Modifizirung oder gar Aenderung des früheren Beschlusses rechtfertigen könnte: so muß es jetzt bei demselben sein Bewenden behalten, mithin die Zulässigkeit einer Verjährung gegen die im Besitze der bäuerlichen Wirthe und des Müllers befindlichen Theile der wüsten Mark Groß W. angenommen werden. In dieser Beziehung

Digitized by Google

sind aber dennoch die besonderen landrechtlichen Vorrechte der geistlichen Institute anderweit zu berücksichtigen; — denn wenn auch §. 10. Thl. I. Tit. 19. A. L. R. vorschreibt, daß ein Rechtsstreit, durch welchen die Richtigkeit eines dinglichen Rechtes auf die Substanz einer fremden Sache ermittelt werden soll, nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben gültig verhandelt werden könne: so schließt dies doch nicht aus, daß Mitberechtigte zu demselben oder einem gleichartigen Rechte, selbst ohne Zuziehung des Eigenthümers mit dem Prätendenten über dessen Anspruch streiten und ihr besonderes Recht gegen denselben vertheidigen, da das ihrige durch die verlangte Theilnahme jedenfalls geschmälert werden würde (vergl. Sommer's Archiv Bd. 13. S. 25. folg. und die dortigen Allegate).

Gegen den Fiskus, die Kirche ꝛc. findet nun nach §. 629. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. nur die ungewöhnliche Verjährung von 44 Jahren statt, und kömmt es daher, für den gegenwärtigen Fall, weiter darauf an, zu bestimmen, ob zwischen der Kirche und Pfarre zu Z. auf der einen und den übrigen Hütungs-Interessenten resp. Grundbesitzern der Mark Groß-W. auf der anderen Seite rücksichtlich der dortigen Hütung eine solche Gemeinschaftlichkeit des Besitzes und Rechtes obwalte, daß die Letzteren aus dem Privilegium der Kirchen und dem §. 640. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. (vergl. Entscheid Bd. 3. S. 180.) einen besonderen Einwand für sich herleiten können. Das muß, gegen eine im Centralblatte für preuß. Juristen ꝛc. Jahrg. 7. (1848) S. 741. folg. vertheidigte abweichende Ansicht, bejahet werden.

Es ist nämlich, wie bereits mehrfach erwähnt worden, außer Streit, daß die Ländereien der wüsten Mark Groß-W. von der Kirche und Pfarre, wie von den bäuerlichen Wirthen und dem Müller zu Z. zu privativen Rechten der-

Digitized by Google

gestalt besessen worden, daß jeder Einzelne sein Grundstück in besonderer, alleiniger Benutzung hat; dagegen über das, auf diesen Ländereien von deren Besitzern gemeinschaftlich ausgeübte Hütungsrecht direct zwar nicht verhandelt, und fehlt es auch an einer ausdrücklichen Erklärung darüber, welche der in den §§. 133. 134. 135. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. beschriebenen verschiedenen Arten von Koppelhütungen eigentlich vorliege.

vergl. Bornemanns's System ꝛc. Bd. 4. S. 386.

Gesetz-Revisions-Pensum 13. 14. pag. 201.

Da indessen die Zeugen bemerken, daß die Amtsschaafe in Gemeinschaft des Rindviehes und der Schaafe der Gemeinde — resp. neben der Viehheerde der Gemeinde, welche außer Rindvieh und Schaafen auch in Pferden, Schweinen und Gänsen bestanden habe, gehütet seien, und der Richter selbst erwähnt, daß „außer dem Sonder-Eigenthume an den, von jedem Einzelnen besessenen Grundstücken auch noch ein Hütungsrecht auf allen diesen Ländereien bestehe", so ist an der thatsächlichen Richtigkeit desselben um so weniger zu zweifeln, als Fiskus — wenngleich er im Appellations-Berichte ein Hütungsrecht, wie es der erste Richter angenommen hatte, nicht hat anerkennen wollen — dennoch die anderweite Behauptung der Verklagten über die Existenz eines solchen gemeinschaftlichen Aufhütungsrechtes im Appellations-Instructions-Termine nicht weiter in Abrede stellt, und selbst in der Appellations-Deduction, unter Voraussetzung eines derartigen gemeinschaftlichen Rechtes nur dagegen gekämpft hat, daß die Genossen desselben an dem besonderen Privilegium des einen Theiles sollten participiren können. Wie sich übrigens diese Hütungsgemeinheit auch gestaltet haben möge, in einem wie in dem anderen Falle der §§. 133 bis 135. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. liegt ein, nach den

Digitized by Google

Grundsätzen der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 zwar theilbares, für jetzt indessen noch ungetheiltes gemeinschaftliches Nutzungsrecht aller Interessenten, mit Einschluß der Kirche und Pfarre, vor, dessen Werth und Ertrag durch den Hinzutritt irgend eines Dritten — hier des Fiskus — offenbar verringert werden würde, indem dieser nicht allein die Gesammtweidemasse schmälert, sondern auch Abfindung für sein vermeintliches Recht fordert, zu welcher von jedem Grundbesitzer resp. Hütungs-Interessenten nach Maaßgabe seines Grundbesitzes resp. seiner Theilnahme an der Hütung beizutragen wäre, so daß ein Jeder im Falle der Auflösung der Gemeinheit für sich selbst verhältnißmäßig um so viel weniger empfangen würde.

Das Hütungsrecht der Groß-W. . . er Grundbesitzer kann demnach nicht als ein schon an sich getheiltes, nicht mehr gemeinschaftliches, angesehen werden, und wird zu einem solchen auch keineswegs durch die im Appellations-Berichte abgegebene Erklärung des Fiskus:

„daß der ursprüngliche Antrag reflringirt und der Kirche „resp. Pfarre zu Z. die ungeschmälerte Hütungsberechti„gung in bisheriger Art vorbehalten sein solle."

Denn durch eine solche, von den Verklagten nicht genehmigte, vielmehr und selbst von den Vertretern der geistlichen Institute ausdrücklich zurückgewiesene Erklärung kann das Sachverhältniß, wie es bei Einleitung des Verfahrens vorgefunden ward, nicht alterirt, das bis dahin gemeinschaftlich gewesene Recht der Verklagten nicht getrennt und die Stellung der übrigen Grundbesitzer von der der geistlichen Institute um so weniger isolirt werden, als das Hütungsrecht des Fiskus, wie es während der Verjährungsperiode ausgeübt sein soll, nur gegen die Genossenschaft der Groß-W. . . er Grundbesitzer und Hütungs-Interessenten im Gan-

Digitized by Google

zen gerichtet war, mithin auch die geistlichen Institute, als Mitglieder dieser Genossenschaft, getroffen hat. Und wenn nun diese, nach Lage der Sache, zwar nicht aus den Satzungen des märkischen Provinzial-Rechtes, wohl aber aus §. 629. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. besondere Privilegien herleiten können: so unterliegt es keinem Bedenken, solche auch auf die übrigen Grundbesitzer mit zu übertragen, indem §. 640. ebendas. ausdrücklich vorschreibt, daß in „untheilbar oder gemeinschaftlich besessenen Rechten und Sachen das dem Fiskus, den Kirchen u. s. w. beigelegte Privilegium auch den nicht privilegirten Mitberechtigten zu Statten kommen solle" und das Prinzip in dieser Art bereits anderweit ebenfalls zur Geltung gebracht worden ist.

Es blieb hiernach nur noch übrig, das Resultat der Beweisaufnahme, namentlich der Zeugen-Depositionen unter Mitberücksichtigung der, aus den Vergleichsunterhandlungen von 1833 und aus der revidirten Gesinde-, Hirten- und Schäfer-Ordnung vom 24. August 1722

Rabe, Sammlung I. 1. S. 607. folg.

vergl. auch Scholz, Provinzialrecht der Churmark Brandenburg zu §. 146. Thl. I. Tit. 22. Allg. Landrecht,

sich etwa ergebenden Unterstützungs-Momente, näher in's Auge zu fassen; die von dort her für einen 44jährigen rechtsverjährten Besitz des Fiskus allenfalls sprechenden Thatsachen würden indessen alle Bedeutung verlieren, wenn die von den Verklagten aufgestellte Behauptung:

„daß das streitige Hütungsrecht nur von den Vorwerken R. und H. ausgeübt sei, und Fiskus beide vor bereits „20 Jahren verkauft habe, ohne sich eine Hütungsbefugniß vorzubehalten,"

richtig wäre.

Digitized by Google

Diese Behauptung und die mit derselben in Verbindung stehende Frage über den Umfang der Rechtsausübung selbst mußte daher zur Nach-Instruction verwiesen, und eine anderweite Entscheidung der Sache in der ersten Instanz, wo jene Angaben zuerst vorgebracht wurden, angeordnet werden.

№ 11.

Koppelhütung.

Zur Erwerbung der Koppelhütung durch dreißigjährige Verjährung genügt der innerhalb des gesetzlichen Zeitraums ausgeübte, den Erfordernissen der §§. 135. und 136. Thl. I. Tit. 22. des A. L. R. entsprechende vollständige Besitz derselben, wenn nicht die Gegenpartei den Mangel jener Erfordernisse, oder solche Thatsachen, welche nach §. 106 ff. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. die Erwerbung eines Besitzrechts ausschließen, behauptet und, sofern sie bestritten sind, erwiesen hat. Präjudiz No. 2533.

A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §§. 135. 136. und Tit. 7. §§. 106 und folg.

Beide streitenden Theile sind in der Gemeinde Walme angesessen, und besitzen Grundstücke in der Feldflur der Gemeinde.

Der Kläger N. bestreitet den Verklagten das Recht, auf seinen Grundstücken in der Walmer Feldflur die Schaafhütung auszuüben. Er hat deshalb die Negatorien-Klage erhoben und seinen Antrag dahin gerichtet: den Verklagten das Recht auf seinen in der Walmer Feldflur belegenen

Digitized by Google

Grundstücken die Schaafe zu hüten, abzuerkennen. Die Verklagten widersprachen dem Klageantrage und behaupten ein gemeinschaftliches Schaafhütungsrecht (Koppelhütung) von Martini bis Maitag, auf den in der Valmer Feldflur belegenen Grundstücken durch Verjährung erworben zu haben. Sie haben den Einwand der Verjährung durch Production von Zeugen zu erweisen gesucht. Diese sind vernommen.

Das Kreisgericht zu Olpe erachtete den Beweis des Einwandes der Verjährung für geführt und erkannte am 28. October 1852 auf Zurückweisung der Klage. Der Kläger appellirte und trat zugleich in zweiter Instanz einen Gegenbeweis durch Zeugen an. Nach deren Vernehmung änderte das Appellations-Gericht zu Arnsberg durch Urtel vom 1. October 1853 das erste Erkenntniß dahin ab, daß Verklagte zur Schaafhütung auf den im Appellations-Urtel speziell bezeichneten Grundstücken des Klägers nicht berechtigt seien.

Auf die gegen das Appellations Urtel von den Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der zweite Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 8. Juli 1854 dasselbe vernichtet, und auf die Appellation des Klägers das erste Urtel bestätigt und zwar aus folgenden

Gründen.

Der §. 135. A. L. R. Thl. I. Tit. 22. bestimmt:

> Wenn zwischen den Besitzern angrenzender, im ausschließlichen Eigenthum eines jeden befindlichen Grundstücke, die gemeinschaftliche Hütung auf diesen Grundstücken stattfindet, so wird dergleichen Koppelweide in der Regel als eine wechselseitige Grundgerechtigkeit angesehen.

§. 136. Wenn aber die wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf denselben, sondern nur zuweilen und bald auf diesen, bald auf andern

Digitized by Google

Stücken ausgeübt worden, so wird angenommen, daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege.

§. 137. In diesem Falle steht also jedem Interessenten frei, davon nach Gutfinden wieder abzugehen.

Die Imploranten haben das Appellations-Urtel durch die Behauptung angefochten, daß dasselbe die vorstehenden gesetzlichen Bestimmungen, sowie den §. 107. A. L. R. Thl. I. Tit. 7. theils durch unrichtige, theils durch unterlassene Anwendung verletzt habe.

Bei der Prüfung dieses Angriffs kann nur von dem Sachverhältnisse ausgegangen werden, wie dasselbe vom Appellations-Richter unangefochten festgestellt ist. Der vollendete Ablauf der Verjährungszeit ist dabei gar nicht in Frage gestellt, die Entscheidung beruht vielmehr lediglich darauf, daß die erwiesenen Besitzhandlungen als solche bezeichnet werden, denen die rechtlichen Merkmale einer Grundgerechtigkeit ermangeln.

Die vom Appellations-Richter angeführten Thatsachen, auf welche er diesen Ausspruch stützt, sind folgende:

1. Die Schaafe sämmtlicher Schaafbesitzer, insbesondere auch die Schaafe der Verklagten wurden gleich nach Martini in einer Heerde vereinigt, und dann durch einen der Reihe nach gestellten gemeinschaftlichen Hirten auf allen Grundstücken der Valmer Flur geweidet. Modificirt wird diese Feststellung dadurch
2. daß die Valmer Colonen ihr Schaafvieh auch im Einzelnen durch ihre Kinder oder Dienstboten in der Valmer Feldflur weiden ließen.
3. Die Colonen und namentlich die Verklagten trieben von Martini bis Maitag ihre Schaafe regelmäßig auf die Valmer Flur, und zwar bald im Gemenge

Digitized by Google

unter Aufsicht eines nach der Reihe gestellten Wächters, bald Jeder für sich unter Obhut eines Kindes oder Dienstboten.

4. Ein Zeuge hat während seiner neunzehnjährigen Wahrnehmung kein hirtenloses Herumtreiben der Schaafe gesehen, — wogegen ein Anderer seiner Deposition hinzusetzt, daß, wenn keine Winterfrucht dagewesen, die Schaafe auch wohl hirtenlos ausgetrieben worden.

Der Appellations-Richter bezeichnet diese durch die Beweisaufnahme ermittelten Thatsachen, als ein Unwesen, welches freundnachbarlich geduldet, weil man von der Gegenseite gleiche Gefälligkeit erwartet und genossen habe, zur Begründung der Acquisitiv-Verjährung ungeeignet sei, indem auch alle Umstände für einen prekären Besitz sprächen.

Diese zuletzt gedachte Qualification des Beweisresultats Seitens des Appellations-Richters bezeichnet der Implorat zunächst als eine unangefochtene factische Feststellung, an welcher der, lediglich auf behauptete Verletzung der citirten Gesetze gegründete Angriff der Imploranten scheitere.

Diese Auffassung ist unrichtig. Der vorerwähnte Ausspruch des Appellations-Richters enthält ein Urtheil über die rechtliche Wirkung erwiesener Thatsachen, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit sich nicht durch eine Rectification oder Ergänzung der Thatsachen, sondern nur durch die Beantwortung der Frage finden läßt: ob der Appellations-Richter die gesetzlichen Criterien einer wechselseitigen Grundgerechtigkeit, beziehungsweise den Rechtsbegriff des Precariums, dadurch verkannt, daß er die angeführten gesetzlichen Bestimmungen auf die von ihm festgestellten Thatsachen unrichtig angewendet habe. Diese Momente sind es auch, auf welche sich die Nichtigkeits-Beschwerde stützt. Gegen deren for-

Digitized by Google

mielle Subſtantiirung iſt daher nichts einzuwenden. Dieſelbe iſt aber auch materiell begründet. Die geſetzlichen Criterien der Koppelhütung im eigentlichen Sinne ſind nur aus den poſitiven und negativen Beſtimmungen der §§. 135. und 136. a. a. O. zu entnehmen. Denn die im §. 133. definirte gemeinſchaftliche Hütung auf dem Grundſtücke eines Dritten, ſo wie die Hütung als gemeinſame Nutzung eines gemeinſchaftlichen Eigenthums (§. 134. ebendaſ.) gehört nicht zu der Koppelhütung im engeren Sinne, — dem eigentlichen jus Compasculationis reciprocum, wie ſolches Brunnemann Consil. academ. Cons. 103. No. 19. p. 406. nennt, und welches der §. 135 a. a. O. rechtlich definirt. Nach dieſer Definition beſteht die Koppelhütung, in der gemeinſchaftlichen, regelmäßigen, beſtändigen und wechſelſeitigen Hütung auf angrenzenden Grundſtücken, deren jedes ſich im ausſchließenden Eigenthume der die Hütung ausübenden Beſitzer befindet. Alle dieſe Merkmale finden ſich in dem vom Appellations-Richter feſtgeſtellten Sachverhältniß. Denn die Colonen und namentlich die Verklagten haben danach die Schaafhütung in der Balmer Feldflur, und zwar ohne Unterſcheidung zwiſchen einzelnen Stücken, auf allen Grundſtücken von Martini bis Maitag ausgeübt. Dieſe Beſitzhandlungen ſollen aber, nach der Anſicht des Appellations-Richters, nicht geeignet ſein, ein Beſitzrecht zu conſtituiren. Er bezeichnet dieſelben, ohne die nach §§. 106. bis 108. des A. L. R. Thl. I. Tit. 7. erforderlichen factiſchen Momente feſtzuſtellen, als ein Precarium. Den Hauptgrund für dieſe Auffaſſung findet er in dem Mangel eines beſtändigen Schäfers, alſo in einer durch die §§. 135. bis 137. a. a. O. nicht gerechtfertigten Annahme. Die Regelmäßigkeit und Beſtändigkeit der Hütung wird durch die Anſtellung eines beſtändigen Schäfers nicht bedingt. Indem

Digitized by Google

der Appellations-Richter ein dem Gesetz fremdes Merkmal für den Begriff der wechselseitigen Grundgerechtigkeit erfordert, verletzt er die angeführten Paragraphen des Gesetzes. Auch fließt dieses Erforderniß nicht aus dem Wesen des Koppelhütungsrechts. Bei einer kleinen Anzahl von Personen, welchen die in einer Feldflur liegenden Grundstücke zustehen (die Zahl der in Balme befindlichen Colonen besteht aus 7), und bei einer kleinen Heerde wird, wie die vom Appellations-Richter angeführten Aussagen der Zeugen angeben, die regelmäßige und beständige wechselseitige Hütung dadurch nicht beeinträchtigt, daß die vereinigte Heerde nicht durch einen dauernd angestellten Schäfer, sondern Reihenweis durch einen Hirten oder Wächter gehütet ward; auch sind ensich die Merkmale des Gesetzes in der Thatsache wieder, daß neben der Koppelhütung in einer Heerde auch die Einzelnen die Schaafhütung mit ihren Schaafen auf allen Grundstücken der Feldmark ausübten. Die wechselseitige Ausübung dieser Besitzhandlungen durch einen jeden Besitzer giebt die Wechselseitigkeit des Rechts kund. In jedem wechselseitigen Rechte ist ein gegenseitig bedingendes Element erkennbar; dieses tritt auch in der Koppelhütung, wahrscheinlich einem Reste des germanischen Gesammteigenthums, als charakteristisches Merkmal hervor; es ist eine durch die begründete Gemeinsamkeit der Hütung vollzogene Ausgleichung von Rechten und Verbindlichkeiten. Es bedarf keiner Auseinandersetzung, daß eine solche Gegenseitigkeit nicht zu der Annahme eines Precariums berechtigt. Der Schluß also, durch den der Appellations-Richter von den festgestellten Thatsachen zu der Anwendung des Rechtsbegriffs des Precariums gelangt, ist unrichtig, und verletzt auch den vom Imploranten in Bezug genommenen §. 107. des A. L. R. Thl. I. Tit. 7.

Für das Precarium ist keines der gesetzlichen Merkmale

Digitized by Google

festgestellt; weder daß die Hütung unrechtmäßig, noch daß sie unterbrochen, nicht beständig auf denselben, sondern nur zuweilen bald auf diesen, bald auf anderen Stücken, ausgeübt worden; ebensowenig ist eine Anfrage, oder Erlaubniß constatirt.

Die rechtliche Unhaltbarkeit des zweiten Urtels tritt noch evidenter hervor, wenn in Betracht gezogen wird, daß der §. 135. des A. L. R. Thl. I. Tit. 22. eine früher vielfach ventilirte Controverse des gemeinen Rechts entschieden hat. Ein großer Theil der gemeinrechtlichen Juristen suchte die Koppelhütung dem Rechtsbegriffe der römischen Communio zu unterstellen, aus welcher der Betheiligte nach L. ult. Cod. Comm. divid. einseitig ausscheiden könne. Man unterstützte diese Annahme noch durch eine aus der Natur der Nachbarschaft geschöpfte Vermuthung, wonach anzunehmen sei, daß die Koppelhütung in der Regel als ein Precarium zu prädiciren, von welchem einseitig zurückzutreten einem Jeden gestattet sei, wogegen Andere dieselbe als ein juris servitutis instar bezeichneten. (Mevii Decisiones Tom. II. Pars V. Dec. 251.). Der Umfang und die Bedeutung dieser Controverse ist aus Glück, Erläuterung der Pandekten Band 10. S. 185—187. zu ersehen, so wie auch, daß die bedeutendsten Rechtslehrer sich an derselben betheiligt haben.

Der eigentliche Streitpunkt trat darin hervor, daß der eine Theil die Ansicht vertheidigte, daß bei einer Koppelhütung im eigentlichen Sinne, die Vermuthung stets für das Precarium streite, mithin derjenige, welcher sie als Grundgerechtigkeit anspreche, den Beweis der Erwerbung als solcher zu führen habe; wogegen Andere, unter denen auch Glück a. a. O. Hellfeld, jurisprud. for. §. 681. v. Holzschuer, Casuistik des gem. Civilrechts II. Bd. 1. Ab-

Digitized by Google

theilung S. 279. Thibaut, P. R. §. 754. Eichhorn, deutsch. Privat-Recht §. 179. bei nachgewiesener Existenz der Koppelhütung, — für deren Constituirung als wechselseitige Grundgerechtigkeit präsumirten, mithin denjenigen, der sich von derselben im concreten Falle als einem Precarium lossagen wollte, zum Beweise des Precariums verpflichteten.

Das Allg. Landr. hat diese, auch in nationalökonomischer Hinsicht bezüglich der Theilungen, Auseinandersetzungen und Abfindungen wichtige, Controverse zu Gunsten der letztern Ansicht entschieden; dahin nämlich, daß die Koppelhütung im engeren Sinne in der Regel als eine wechselseitige Grundgerechtigkeit anzusehen sei. Hierfür streitet also eine Rechtsvermuthung. Dieselbe kann allerdings durch Gegenbeweis, namentlich durch den Beweis der im §. 136. des A. L. R. Thl. 1. Tit. 22. angeführten Momente entkräftet werden. Diese sind aber nach den eigenen Feststellungen des Appellations-Richters nicht vorhanden.

Inzwischen ist, wie sich dieses auch aus Philipps deutsches Privatrecht Bd. I. S. 581., Danz, deutsches Privatrecht Bd. II. S. 526. ergiebt, die Controverse in den Ländern des gemeinen Rechts noch nicht erloschen, und es wird, namentlich von Danz a. a. O., die Theorie des Precariums mit national-ökonomischen Eifer, aber ohne juristische Gründe, vertheidigt. Indem sich der Appellations-Richter dieser letzteren von unserer Gesetzgebung reprobirten Auffassung angeschlossen, hat er also auch von diesem Gesichtspunkte aus die angeführten Gesetze verletzt.

Nach Vernichtung des Appellations-Urtels kann die Bestätigung des ersten Urtels um so weniger zweifelhaft sein, als die vom Appellations-Richter nicht genügend mitgetheilten Aussagen der Zeugen, einen fast sechszigjährigen umfassenden, öffentlichen, gleichmäßigen, beständigen, jährlichen

Digitized by Google

und ungestörten Besitz und Ausübung der Koppelhütung bekunden, und zugleich die opinio juris ausdrücklich constatiren.

№ 12.

Haftbarkeit des Ehemannes für Untersuchungskosten.

Bei Criminal-Untersuchungen wider eine Ehefrau wegen eines den Ehemann zur Ehescheidung berechtigenden Verbrechens, ist die Befreiung des unschuldigen Ehemannes von der Haftbarkeit für die Untersuchungskosten nicht dadurch bedingt, daß derselbe die Ehescheidungsklage wirklich angestellt hat. Präj. 2538. A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 191.

Aus einer Untersuchung wider die Ehefrau des Kossäthen L. wegen Diebstahls, in Gefolge deren die Angeschuldigte zu drei Jahren Zuchthaus verurtheilt ist, sind auf dem Hypothekenfolium des auf den Namen des Ehemannes der L. im Hypothekenbuche damals noch eingetragenen Kossäthenguts 104 Thlr. 3 Sgr. 4 Pf. Gerichtskosten für die Salarien-Casse des Gerichts zu Landsberg eingetragen worden. Die Tochter des L., welche das Gut schon vorher von ihrem Vater eigenthümlich übertragen erhalten hatte, hat diese Kosten bezahlt, jedoch nur unter Vorbehalt ihres Rechts, und diesen Vorbehalt durch eine Rückforderungsklage gegen die Salarien-Casse geltend gemacht. Sie ist mit dieser Klage durch die gleichlautenden Urtel des Kreisgerichts zu Landsberg und des Appellations-Gerichts zu Frankfurt am 20. Juli und 29. November 1853 abgewiesen worden.

Digitized by Google

Eines der Fundamente, auf welches Klägerin die Rückforderung gründete, bestand darin, daß ihr Vater, da das Verbrechen der Mutter nach §. 304. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. einen Ehescheidungsgrund gegeben, zufolge des §. 191. a. a. O. für die Untersuchungskosten nicht haftbar sei.

Die vorigen Richter verwarfen dies Fundament, weil der Ehemann bis zu seinem im März 1853 erfolgten Tode von der Befugniß zur Scheidungsklage keinen Gebrauch gemacht habe, die geschehene Anstellung der Scheidungsklage aber die Bedingung der Befreiung von den Kosten sei, da nur durch den Scheidungs-Prozeß, und die dort allein möglichen Erörterungen festgestellt werden könne, ob der Ehemann zur Scheidungsklage wirklich berechtigt gewesen sei.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde der Klägerin ist das zweite Urtel von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 13. Juli 1854 vernichtet worden, aus folgenden

Gründen.

Die Rückforderungsklage der Klägerin beruht auf zwei Fundamenten, welche der Appellations-Richter beide verwirft. Das eine Fundament besteht darin, daß der eingetragene Eigenthümer des Kossäthengutes der Klägerin, der Vater derselben, gesetzlich nicht schuldig gewesen sei, die intabulirten 104 Thlr. 3 Sgr. 2 Pf. Kosten aus einer Untersuchung wider seine Ehefrau, die Mutter der Klägerin, zu tragen. Die in dieser Hinsicht aufgestellte Nichtigkeits-Beschwerde erscheint begründet. Es steht fest, daß die fraglichen Kosten aus einer Untersuchung herrühren, in welcher die Ehefrau L. zu 3jähriger Zuchthausstrafe wegen Diebstahls verurtheilt worden ist, ohne daß der Ehemann Theilnehmer des Verbrechens war.

Wenn dessen ungeachtet der zweite Richter die Vorschrift §. 191. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. hier ausschließen will, weil die Scheidungsklage nicht von dem Ehemann an-

Digitized by Google

gestellt worden; so beruht dies auf einer unrichtigen Auslegung dieses Gesetzes.

Der §. 191. ist nur im Zusammenhange mit den vorhergehenden §§. 187 — 190. aufzufassen. Der §. 187. rechnet zum Unterhalt der Frau, der dem Manne nach §. 185. obliegt, auch die sie betreffenden Cur- und Proceß-Kosten mit dem Allegate §§. 229. 230., welche, wegen Proceße das vorbehaltene Vermögen betreffend, Ausnahme machen. Nachdem dann §. 188. die Pflicht des Mannes, Person, Ehre und Vermögen der Frau in und außer Gerichten, zu vertheidigen, festgestellt, §. 189. die Nothwendigkeit des Consenses zu Proceßen, §. 190. die Pflicht zur Vertheidigung der Frau auf seine Kosten auch gegen angestellte Injurien-Klagen, ausgesprochen, sagt §. 191:

> Bei Criminal-Untersuchungen gegen die Frau bleibt der unschuldige Ehemann von Tragung der Kosten aus eigenen Mitteln in so fern frei, als das von der Frau begangene Verbrechen, ihn auf Ehescheidung anzutragen, berechtigt.

Diese Vorschrift wiederholt der §. 611. Crim.-Ord. im Titel von Kosten in Criminal-Sachen. Nach den klaren Worten dieses Gesetzes ist also bei einer gewissen Art von Verbrechen, nämlich nach §. 704. Thl. II. Tit. 1. bei den groben, die harte und schmähliche Zuchthausstrafe zur Folge haben, der Ehemann, wenn ihn eine Mitschuld an diesem Verbrechen nicht trifft, von der Tragung der Kosten aus eigenen Mitteln frei. Das Dasein des Ehescheidungsgrundes in thesi, nicht die stattgefundene Scheidung auf Grund desselben, wird als eine Eventualität hingestellt, unter welcher die Untersuchungs-Kosten dem Manne nicht zur Last fallen. Es heißt, der Ehemann bleibt frei, es tritt also eine Haftbarkeit gar nicht für ihn ein, und da die ganze Haftbarkeit

Digitized by Google

lediglich auf positiven Gesetzen beruht: so ist nicht einzusehen, wie eine solche später wieder entstehen könnte, da das Gesetz nichts davon sagt.

Eine Verweisung auf einen anzustellenden Ehescheidungsproceß ist überall in dieser Bestimmung nicht ersichtlich. Die Gesetzgebung nöthigt den gekränkten Ehegatten nicht zur Ehescheidungsklage, sie begünstigt die Ehescheidungsklage nicht; sie ist im Gegentheil der Verzeihung günstig, und stellt eben in den vom zweiten Richter in Bezug genommenen §§. 719 ff. Thl. II. Tit. 1. in dieser Beziehung Regeln fest, namentlich, daß Verzeihung angenommen wird, wenn der beleidigte Ehegatte nach erhaltener überzeugender Kenntniß die Ehe ein Jahr fortgesetzt hat. Der Gesetzgeber ordnet durch die Scheidungsgründe verschiedene Kategorien, bei deren Dasein er dem verletzten Ehegatten nicht den Zwang auflegen will, das Eheband beizubehalten; er zwingt ihn aber nicht, von diesem Schutze Gebrauch zu machen, er macht ihn zum eigenen Richter darüber, ob der in abstracto zulässige Scheidungsgrund auch in concreto hinreichendes Motiv für ihn giebt, die Ehe aufzulösen. In einem so ganz und gar nach der Beziehung von Person zu Person sich richtenden Verhältniß, wo unscheinbare, äußerlich oft gar nicht faßbare Nüanzen so oft die ganze Ansicht der Sache verändern, kann es nicht anders sein, und ist auch in keiner bekannten Gesetzgebung der civilisirten Welt anders.

Nicht vereinbar hiermit ist die Ansicht, daß, weil nur der Ausgang der Ehescheidungsklage, über die concrete Gültigkeit des Scheidungsgrundes entscheide, weil nur im Ehescheidungsprocesse die möglichen Einreden dagegen zur Geltung gebracht werden können, der beleidigte Ehegatte die Scheidungsklage anstellen müsse, wolle er von den Kosten frei sein, und das Recht der Casse nicht illusorisch machen.

Digitized by Google

Letzteres Motiv beruht auf einer petitio principii; hat die Casse von Hause aus kein Recht, so kann auch nicht davon die Rede sein, daß ein solches illusorisch gemacht wird. Der erste Richter, auf welchen der Appellations-Richter Bezug nimmt, vermißt ein Motiv des Gesetzes, warum die größere Schwere des Verbrechens den Ehemann von den Kosten befreien sollte. Wäre dies gegründet: so würde der Gebrauch, welchen der Ehemann von dem Rechte der Scheidungsklage macht, gewiß keine Veränderung darin hervorbringen können, denn die Scheidungsklage ist an sich nicht dazu bestimmt, den geschiedenen Ehegatten von, während der Ehe rechtsgültig eingegangenen, Verbindlichkeiten gegen Dritte zu befreien. Das Motiv liegt aber auch klar vor. Das innige eheliche Verhältniß, der Schutz der Frau, welchen es dem Manne zur Pflicht macht, ist der alleinige Grund, warum das Gesetz dem Manne die Vertheidigung der Frau, und die Tragung der Kosten dieser Vertheidigung sowohl in Civilproceſſen, als in Untersuchungssachen auflegt, ihn auch mit seinem Vermögen folglich haftbar macht für die Folgen einer gesetzwidrigen Handlung der Frau, an welcher er nicht betheiligt ist. Wie ihn die Kosten der Abwendung des Ungemachs einer Krankheit treffen, so soll er auch die Kosten tragen, welche durch die Widerwärtigkeit eines Criminalproceſſes der Frau veranlaßt werden. Ist auch die eigene Schuld der Ehefrau die Ursache dieser Kosten, so wird dies von dem Gesetze doch nicht als ein Befreiungsgrund angesehen, insofern es sich von leichteren, das eheliche Verhältniß gesetzlich nicht afficirenden Vergehungen, handelt. Diese muß der Mann eben der Solidarität wegen tragen, welche aus der Innigkeit des ehelichen Verhältnisses folgt.

Aber völlig widersprechend diesem Motive wäre es, wollte das Gesetz den Mann haftbar machen für die Kosten

Digitized by Google

der Untersuchung eines Verbrechens, welches gesetzlich als eine Auflösung eben dieses ehelichen Verhältnisses, als eine Verletzung der ehelichen Rechte, als ein Grund zur Scheidungsklage betrachtet wird. Dafür soll der Mann nicht aus seinem Vermögen haften, und das ist gewiß sehr billig. Ob er aber von der Befugniß der Ehescheidungsklage Gebrauch macht, das kann von keinem Einflusse auf das Eintreten einer Verbindlichkeit sein, welche ihrer Natur nach wesentlich bedingt ist durch die Abwesenheit derjenigen Qualität der strafbaren Handlung, die bei dem Ehescheidungsgrunde des §. 704. a. a. O. vorliegt. Selbst von dem Standpunkte ausgegangen, daß der Ehemann die Ehescheidungsklage anstellen müßte, um von den Kosten frei zu werden, würde man doch zu diesem Ende eine große Frist gestatten müssen, und wenn — wie es hier der Fall ist — der Ehemann innerhalb des Jahres, dessen Ablauf nach §. 721. als Verzeihung gilt, gestorben ist; so würde es doch ungerechtfertigt erscheinen, die daraus folgende Unmöglichkeit der Klage zu Gunsten der Casse geltend zu machen. Vielmehr wäre dann anzunehmen, daß die Frage über die Haftbarkeit bis dahin in suspenso geblieben. Wenn jetzt eine Entscheidung nicht mehr eintreten kann; so würde daraus eben folgen, daß die Haftbarkeit nicht festgestellt werden könne, also cessire.

Hiernach erscheint die Nichtigkeits-Beschwerde begründet.

№ 13.

Mitbaurecht.

Sind bei der Muthung und Beleihung eines Bergwerks die aus dem Mitbaurechte herrührenden

Digitized by Google

61 Kuxe nicht dem Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem die Fundgrube belegen ist, sondern einem Andern zugetheilt worden, so ist ein späterer Erwerber dieses Grundstücks nicht ohne Weiteres berechtigt, diese 61 Kuxe für sich in Anspruch zu nehmen, dieses Recht steht vielmehr nur dem Besitzer des Grundstücks zur Zeit der Muthung und Beleihung, resp. demjenigen zu, auf welchen dessen Rechte übergegangen sind.

A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 125.

Schlesische Berg-Ordnung vom 5. Juni 1765. Cap. I. §. 3.

Deklaration vom 1. Februar 1790.

Ergänzungen der Preuß. Rechtsbücher, ältere Ausg. Thl. 5. Abschn. 1. S. 61

Im Jahre 1827 wurde der Standesherr Graf H. auf Grund einer Muthung vom Jahre 1825 mit der Galmeigrube Cäcilie beliehen. Gleichzeitig machte er als Besitzer der Standesherrschaft B. das Mitbaurecht geltend und es wurden ihm in Folge dessen außer den 61 Kuxen, welche er als Muther und Lehnsträger besitzt, noch 61 Kuxe im Berggegenbuche zugeschrieben. Dieses Mitbaurecht wurde ihm später durch den Kammerherrn Hugo Graf H. streitig gemacht und der darüber schwebende Prozeß durch einen Vergleich vom 14. November 1844 beseitigt, in welchem der Standesherr Graf H. dem Kammerherrn Hugo Graf H. $30\frac{1}{2}$ der aus dem Mitbaurecht herrührenden Kuxe der gedachten Grube abtrat.

Beiden Grafen H. wird jetzt das Mitbaurecht und die aus demselben herrührenden Kuxe von dem Seifensiedermeister Karl R. streitig gemacht. Dieser hat nämlich im Jahre 1850 die Grundstücke erworben, auf denen nach seiner Behauptung die Fundgrube der Cäciliengrube belegen, und be-

Digitized by Google

hauptet, daß er derjenige sei, welchem gesetzlich das Mitbaurecht zustehe, und welcher zur Ausübung desselben hätte aufgefordert werden sollen.

Die Verklagten haben dem Kläger unter andern den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation entgegen gesetzt, indem sie der Meinung sind, daß das Mitbaurecht einer bestimmten Grube nur von demjenigen in Anspruch genommen werden könne, welcher zur Zeit des Fundes und der Beleihung Eigenthümer des Grundstücks, auf dem die Fundgrube belegen, gewesen sei.

Die früheren Richter — das Kreisgericht zu Beuthen und der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor, — haben in ihren Erkenntnissen vom 4. Oktober 1852 und 3. November 1853 diesen Einwand verworfen, der dritte Senat des Ober-Tribunals hat dagegen denselben in seiner Entscheidung vom 23. Juni 1853 für durchgreifend erachtet und demzufolge den Kläger abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Die Cäciliengrube gründet sich auf eine bereits im Jahre 1825 vom Standesherrn Grafen H. eingelegte Muthung. In der Verhandlung vom 14. August 1826 erklärte der Bevollmächtigte desselben, daß das Dominium N. von dem zustehenden Mitbaurechte Gebrauch machen wolle, im Jahre 1827 erfolgte die Belehnung und bald darauf in demselben Jahre wurde das Folium der gedachten Grube im Berggegenbuche berichtigt, wobei 61 Kuxe auf Grund des ihm zustehenden Mitbaurechts für den Standesherrn Grafen H. eingetragen wurden. Mittelst Vergleichs vom 14. November 1844 hat dieser die Hälfte derselben, also 30½ Kuxe an den Kammerherrn Hugo Grafen H. abgetreten. Kläger behauptet, daß weder der Standesherr noch der Kammer-

Digitized by Google

herr Graf H. zum Mitbau berechtigt gewesen, daß vielmehr ihm, dem Kläger, als dem Eigenthümer derjenigen Grundstücke, worauf die Fundgrube liege, dieses Recht zustehe. Kläger hat jedoch die gedachten Grundstücke nach den mit der Klage überreichten Verträgen erst lange nachher, nämlich am 27. April und 9. August 1850 erworben.

Die Stelle No. 28. gehörte im Jahre 1827 den S.'schen Erben, wurde im Jahre 1835 von dem Vorbesitzer des Klägers in der Subhastation erstanden und mittelst Vertrages vom 27. April 1850 an den Kläger verkauft. Die Stelle No. 26., von welcher das andere Stück, worauf die Fundgrube belegen, mittelst Vertrages vom 9. August 1850 durch Tausch erworben worden, gehörte im Jahre 1827 den Jakob F.'schen Erben und kam durch Erbsonderung am 28. Oktober 1830 auf den Blasius F., von dem Kläger das betreffende Stück eingetauscht hat.

Der Appellations-Richter erachtet das Mitbaurecht für ein subjektiv dingliches Recht, welches mit dem Besitz des Grundstücks auf den neuen Eigenthümer desselben übergeht und hierin muß ihm ohne Zweifel Recht gegeben werden. Er erkennt ferner zwar den Unterschied an zwischen dem Mitbaurecht in abstracto und der Geltendmachung desselben an einer wirklich eröffneten Grube, Mitbaurecht in concreto, ist aber der Meinung, daß dasselbe bis dahin, daß die Erklärung über dessen Ausübung von dem Berechtigten erfordert werde, ein subjectiv dingliches Recht bleibe, als solches auf jeden Nachfolger im Besitz übergehe, daß mithin, da nicht dargethan sei, daß Kläger oder seine Vorbesitzer zur Ausübung desselben aufgefordert worden, Kläger als Eigenthümer desselben zu betrachten und zur Anstellung der Klage legitimirt sei.

Dieses ist unrichtig. Die Aufforderung zur Ausübung

Digitized by Google

des Mitbaurechts erfolgt nach §. 125. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. vor der Beleihung. Hiermit stimmt auch das schlesische Provinzialrecht überein. Nach Cap. 1. §. 3. der Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 soll das Ober-Berg-Amt, wenn eine Gewerkschaft ein Bergwerk muthen will, dieses dem Grundherrn anzeigen und dieser beim Bau den Vorzug haben, was später durch ein Reskript vom 4. August 1770 und die dasselbe sanktionirende Deklaration vom 1. Februar 1790 in ein Mitbaurecht zur Hälfte mit dreimonatlicher Erklärungsfrist umgewandelt ist. Es soll also nach eingelegter Muthung die Aufforderung zur Erklärung über den Mitbau erfolgen. Im vorliegenden Falle ist der damalige Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem sich die Fundgrube befindet, zur Ausübung des Mitbaurechts nicht aufgefordert worden, die Bergbehörde hat vielmehr den Standesherrn Grafen H. als Mitbauberechtigten angesehen und dieser vermeintliche Mitbauberechtigte hat sich bereits im Jahre 1826 über die Ausübung des Mitbaurechts erklärt, worauf ihm die aus demselben herrührenden 61 Kuxe zugeschrieben worden. Hieraus glaubt Kläger den Anspruch herleiten zu können, daß ihm die aus dem Mitbaurechte hervorgegangenen 61 Kuxe und die davon gezogenen Nutzungen zustehen. Aber mit Unrecht. Bei Beurtheilung dieses Anspruchs muß man davon ausgehen, wie sich das Rechtsverhältniß gestaltet haben würde, wenn vor der Verleihung der in Rede stehenden Grube nicht der Graf H., sondern der damalige Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem sich die Fundgrube befindet, zur Ausübung des Mitbaurechts aufgefordert worden wäre. Der damalige Eigenthümer hätte sich alsdann entweder in der gesetzlichen Frist von 3 Monaten erklärt oder nicht. Im letzteren Falle wäre sein Anspruch auf das Mitbaurecht und die aus dem-

Digitized by Google

selben hervorgehende Kuxe beseitigt und ein Gleiches würde der Fall sein, wenn er die geforderte Erklärung dahin abgegeben hätte, daß er von dem Mitbaurechte keinen Gebrauch machen wolle. Hätte er sich dagegen dahin erklärt, dieses Recht ausüben zu wollen, so wäre dasselbe damit zu seiner Vollendung gekommen, und es wären in Folge dessen dem damaligen Eigenthümer des Grundes und Bodens die aus dem Mitbaurechte herrührenden 61 Kuxe zugetheilt worden. In keinem dieser Fälle würde ein späterer Erwerber des Grund und Bodens, auf dem die Fundgrube belegen ist, Anspruch auf die gedachten Kuxe gehabt haben. Diese aus dem Mitbaurechte herrührenden 61 Kuxe haben die Natur aller andern Kuxe, können selbstständig veräußert werden und stehen in keiner nothwendigen Verbindung mit dem Besitze des Grundes und Bodens, auf welchem die Fundgrube belegen ist. Sie sind daher ihrer rechtlichen Natur nach wesentlich verschieden von dem Mitbaurechte, aus dem sie hervorgegangen, während dieses als ein subjectiv dingliches Recht anerkannt werden muß, welches mit dem Grund und Boden auf jeden Besitzer übergeht, sind die aus dem Mitbaurechte hervorgegangenen Kuxe von dem Besitze des Grundes und Bodens ganz unabhängig. Das Mitbaurecht muß nach den oben allegirten gesetzlichen Bestimmungen vor der Verleihung ausgeübt werden, mit Ausübung desselben geht es unter, und es treten an dessen Stelle die aus demselben hervorgegangenen 61 Kuxe. Diese Veränderung tritt aber auch dann ein, wenn vor der Beleihung die Aufforderung zur Ausübung des Mitbaurechts entweder gar nicht oder nicht an den wirklich Berechtigten ergangen sein sollte. Denn nach der Beleihung sind alle das Bergwerk bildenden Kuxe vertheilt, es kann daher nicht mehr von einer durch Ausübung des Mitbaurechts zu erwerbenden

Digitized by Google

Theilnahme, sondern nur davon die Rede sein, ob derjenige, welcher zur Ausübung des Mitbaurechts hätte aufgefordert werden sollen, die daraus hervorgegangenen 61 Kuxe vermöge seines besseren Rechts gegen denjenigen, welchem dieselben zugetheilt worden, in Anspruch nehmen kann. Dieser Standpunkt muß bei Beurtheilung des klägerischen Anspruchs festgehalten werden. Kläger war zu der Zeit, als nach den gesetzlichen Bestimmungen die Aufforderung wegen Ausübung des Mitbaurechts erlassen werden mußte, nicht Eigenthümer der betreffenden Grundstücke. Ist daher der Standesherr Graf H. wirklich nicht derjenige, welcher zur Ausübung des Mitbaurechts befugt war, so können ihm die daraus hervorgegangenen Vortheile nur von dem wirklich Berechtigten, d. h. von demjenigen entzogen werden, welcher zu der Zeit, als das Recht ausgeübt werden mußte, Eigenthümer der betreffenden Grundstücke war. Kläger hat dieselben weder damals besessen, noch hat er dargethan, daß die Rechte des damaligen Besitzers auf ihn übergegangen seien. In dem mit F. geschlossenen Tauschvertrage ist gar nicht von dem Mitbaurechte und den daraus hervorgegangenen Kuxen die Rede, es läßt sich mithin daraus auch nicht eine Abtretung des dieselben betreffenden Anspruchs an den Kläger herleiten. Im §. 7. des die Stelle betreffenden Kaufvertrages vom 27. April 1850 setzen die Contrahenten als sich von selbst verstehend voraus, daß die Ausübung des Mitbaurechts dem Käufer als Grundeigenthümer zustehe, der Käufer erklärt dabei, von demselben Gebrauch machen zu wollen, und der Verkäufer cedirt ihm alle Rechte, welche ihm auf die entzogene Grubenausbeute aus seiner Besitzzeit zustehen. Will man hierin auch eine Abtretung des Anspruchs auf das Mitbaurecht an den Kläger finden, so fehlt doch der Nachweis, daß dieser Anspruch auf den

Digitized by Google

Vorbesitzer des Klägers übergegangen ist. Denn auch dieser war zur Zeit der Beleihung, resp. der Ausübung des Mitbaurechts, nicht Eigenthümer des betreffenden Grundstücks, er hat dasselbe erst im Jahre 1835 in der Subhastation erstanden. Die bloße Adjudication des Grundstücks bewirkt noch nicht den Uebergang des Anspruchs, welchen ein früherer Besitzer daraus herleiten konnte, daß nicht er, sondern ein Anderer, dem dieses Recht nicht zustand, zur Ausübung des Mitbaurechts aufgefordert worden. Dieser Anspruch ist zwar aus dem Besitze eines Grundstücks zu einer bestimmten Zeit hervorgegangen, geht aber mit dem Besitze des Grundstücks nicht ohne Weiteres auf jeden folgenden Besitzer über, ebensowenig wie dies bei der Veräußerung eines laudemialberechtigten Grundstücks hinsichtlich der vor der Veräußerung vorgekommenen Laudemialfälle der Fall ist. Die Entscheidung Bd. 21. S. 385. steht der vorstehenden Ausführung nicht entgegen, da sie nur die Cessibilität des Mitbaurechts vor eingelegter Muthung und Beleihung betrifft.

Hiernach ist der Anspruch des Klägers,

soweit er das Mitbaurecht, resp. die aus demselben hervorgegangenen Kuxe und deren Nutzungen zum Gegenstande hat,

und zwar gegen beide Verklagte durch den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation beseitigt.

№ 14.

Gerichtsstand in Possessorien-Sachen.

Für Possessorien-Klagen, welche nur auf Schutz, nicht auf Wiedereinräumung des gestörten Besitzes

Digitized by Google

gerichtet sind; ist der Gerichtsstand desjenigen Grundstückes, in Bezug auf welches die Besitzstörung verübt worden, der Regel nach nicht maaßgebend.

Prozeß-Ordnung Tit. 2. §§. 112. 113. No. 4.
Gesetz v. 26. April 1851. Art. II. No. 4. (Ges.-Samml. S. 182.).

Der Steinhauer H. behauptete, seit dem Sommer 1852 bis zur jüngsten Zeit im alleinigen und ungestörten Besitze eines in P. an der Bergamts-Chaussee belegenen Steinbruchs gewesen zu sein, indem er, resp. seine Arbeiter, die zu gewinnenden Steine von dem darauf befindlichen Unrathe gereinigt und auch bereits einige Bau- und Flursteine gebrochen hätten. Am 3. September 1853 sei ihm von der Polizeibehörde das Steinbrechen auf 48 Stunden verboten worden, und als er nach Ablauf dieser Zeit dort wieder habe arbeiten wollen, hätte er die Arbeiter des Verklagten daselbst beschäftigt gefunden, welche die Räumung verweigerten. Es wurde deshalb im Wege der Possessorien-Klage von ihm bei dem Kreisgericht zu Tecklenburg darauf angetragen:

ihn im jüngsten Besitze des gedachten Steinbruchs zu schützen und dem Verklagten aufzugeben, sich ferner aller Besitzstörungen in der fr. Grube zu enthalten.

Der Verklagte bestritt, was hier nur interessirt, die Competenz dieses Gerichts, weil er in der, unter einem anderen Gerichtssprengel belegenen Stadt R. seinen Wohnsitz habe. Das genannte Gericht hielt den Einwand der Incompetenz für unbegründet. Zwar sei zu Tecklenburg nicht der persönliche Gerichtsstand des Verklagten; aber der Grund und Boden, wo sich der Steinbruch befinde, liege im Tecklenburger Gerichtsbezirke und sei nach §. 107. u. §. 4. Tit. 2. Thl. I. der Allg. Ger.-Ordn. das forum rei sitae begründet,

Digitized by Google

wenn der Gegenstand des Prozesses ein Immobile betreffe. Der Verklagte habe sich in den Besitz des fr. Steinbruchs gesetzt und die Intention der Possessorien-Klage gehe darauf, ihm den Besitz desselben zu entziehen und den Kläger wieder in den ungestörten Besitz desselben einzusetzen. Im vorliegenden Falle habe daher die Possessorien-Klage das Immobile zum Gegenstande und könne, ähnlich jeder dinglichen Klage, in foro des Immobile geltend gemacht werden.

Demzufolge, und indem zugleich die materiellen Einreden verworfen wurden, verurtheilte das Kreisgericht zu Tecklenburg am 21. December 1853 den Verklagten, sich jeder ferneren Störung zu enthalten, indem es zugleich den Kläger im jüngsten Besitze des streitigen Steinbruchs schützte. Dawider erhob der Verklagte die Nichtigkeits-Beschwerde, gestützt auf §. 5. No. 8. der Verordnung vom 14. December 1833. Diesen Angriff hielt der dritte Senat des Ober-Tribunals für gerechtfertigt und vernichtete am 16. Juni 1854 das erste Erkenntniß, wies auch in der Hauptsache den Kläger zurück.

Gründe.

Die lex unica Codicis: ubi de possessione agi oporteat (lib. III. tit. 16.) sagt:

ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum qui possessionem turbavit, convenit judicare.

Diese Festsetzung ist in unsere Prozeß-Ordnung nicht aufgenommen worden. Possessorische Klagen sind daher der Regel nach im persönlichen Gerichtsstande des Turbanten anzubringen. Ausnahmsweise tritt der dingliche Gerichtsstand ein, wenn der Störer wegen Handlungen in Anspruch genommen wird, welche er als Besitzer eines Grundstückes vorgenommen, z. B. wenn ein Gutsbesitzer seinen Nachbar

Digitized by Google

im Besitze gestört hat. — (§§. 112. 113. No. 4. Tit. 2. der Prozeß-Ordnung und Justiz-Minist.-Blatt Jahrg. 16., S. 111. No. 47.).

Nun liegt es zwar nahe, als jenes Grundstück, zumal wenn der Turbant sich in dessen Besitz gesetzt hat und wider ihn nicht das interdictum retinendae, sondern recuperandae possessionis geltend gemacht wird, auch dasjenige anzusehen, in Bezug auf welches die Besitzstörung verübt worden ist. Allein gegen eine solche unbedingte Annahme streitet die positive Vorschrift des Art. II. No 4. des Gesetzes vom 26. April 1851. Danach ist nur hinsichtlich der Besitzstörungs-Klagen der Grundbesitzer gegen Eisenbahn- und andere mit Expropriations-Rechten versehene Gesellschaften, z. B. Deich-, Bewässerungs-, Meliorations- und Chausseebau-Societäten, gestattet, daß dieselben bei demjenigen Gerichte angebracht werden können, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, in Bezug auf welches die Besitzstörung verübt wurde. Da nun ein solcher Fall hier nicht vorliegt, und da die Klage nicht auf Wiedereinräumung des Besitzes, sondern nur auf Schutz gerichtet ist, so war der vorige Richter allerdings nicht competent, den in seinem Bezirke weder wohnhaften, noch ansässigen Verklagten vor sein Forum zu ziehen. Dieser hat daher mit Recht den Einwand der Incompetenz erhoben. Die Nichtbeachtung desselben führt aber die Vernichtung des ersten Urtels herbei, während in der Sache selbst daraus die Abweisung des Klägers von selbst folgt.

Digitized by Google

№ 15.

Nullitätsklage gegen ein Judicat, dem ein später für null erklärtes rechtskräftiges Erkenntniß zum Grunde gelegen hatte.

Ein auf die Klage aus einem Judicat ergangenes rechtkräftiges Erkenntniß kann aus dem Grunde, daß später jenes Judicat für nichtig erklärt worden, nicht als ex falsa causa in Gemäßheit des §. 2. No. 1. Tit. 16. Thl. I. A. Ger.-Ord. ergangen angesehen, und als nichtig mit der Nullitätsklage nicht angefochten werden. Präjudiz No. 2521.

Allg. Ger.-Ord. Thl. I. Tit. 16. §. 2. No. 1.
A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 182.

Die unverehelichte Florentine St. hatte im Jahre 1842 im Betritte des ihrem unehelichen Sohne bestellten Vormundes, den damals in Danzig wohnhaften Tapezierer A. — jetzigen Kläger — als ihren angeblichen Schwängerer in gerichtlichen Anspruch genommen, und es war derselbe durch das in Rechtskraft übergegangene Contumacial-Erkenntniß des Land- und Stadtgerichts zu Danzig vom 16. August 1842 verurtheilt worden, an die Florentine St. außer ihrer persönlichen Abfindung, für das von ihr geborne Kind zwei Thaler monatlicher Alimente bis zu dessen zurückgelegtem vierzehnten Jahre zu zahlen. — Im Wege der Execution hatte die St. auf diese Forderungen die Summe von 18 Thlr. — weiter aber nichts, bis zu dem am 6. September 1848 erfolgten Tode des Kindes erhalten. Sie stellte nunmehr, unter der Behauptung, daß sie das Kind

Digitized by Google

bis dahin aus eignen Mitteln verpflegt, auf den Grund der nützlichen Verwendung und mit Beziehung auf das gedachte Contumacial-Erkenntniß, im Jahre 1851 eine neue Klage auf Zahlung des Restes der Alimentenforderung gegen den inzwischen nach Berlin verzogenen Tapezierer A. an, welcher dieser den Einwand entgegensetzte, daß er keineswegs der Erzeuger des Kindes, und das ergangene Contumacial-Erkenntniß nichtig sei, indem er zur Zeit der angestellten Schwängerungsklage nach Ausweis seines producirten Taufscheins noch minorenn gewesen und die Klage seinem Vormunde gar nicht insinuirt worden sei. — Dieser Einwand ward jedoch auf den Grund des §. 10. Tit. 16. Thl. I. Ger.-Ord., wonach, so lange die Nullität eines angefochtenen Erkenntnisses nicht rechtskräftig feststeht, ein solches Erkenntniß alle Wirkungen eines gültigen Judicats hat, von den erkennenden Richtern für unerheblich erklärt und der A. durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 12. September 1851 und des Civil-Senats des Kammergerichts vom 17. Februar 1852, nach Ableistung eines der Klägerin über die Verpflegung des Kindes auferlegten Eides zur Zahlung von 178 Thlr. rückständiger Alimente nebst Zinsen verurtheilt, welches Erkenntniß denn auch unterm 25. Juni 1852 purificirt worden ist. —

Inzwischen hatte A. noch die Nullitätsklage gegen das mehrgedachte Contumacial-Erkenntniß erhoben und war dasselbe durch das Erkenntniß des Stadt- und Kreisgerichts zu Danzig am 19. Juli 1852 purificirt, am 5. November desselben Jahres aus dem angeführten Grunde rechtskräftig für null und nichtig erklärt worden. —

Nunmehr trat der A. mit der gegenwärtigen Klage und dem Antrage gegen die unverehelichte St. auf:

die Erkenntnisse im Vorprozesse vom 12. September 1851,

Digitized by Google

17. Februar 1852 und den Purifications-Bescheid vom 17. Februar 1852 für null und nichtig zu erklären, welchen Antrag er durch die Vorschrift des §. 2. Tit. 16. Thl. I. Ger.-Ord. für gerechtfertigt hielt, da die gedachten Erkenntnisse nach erfolgter Nullität des Contumacial-Urtels vom 16. August 1842 als ex falsa causa ergangen, angegangen werden müßten. —

Die Verklagte bestritt dagegen die Anwendbarkeit des allegirten Gesetzes auf den vorliegenden Fall und verlangte um so mehr die Abweisung des Klägers, als sie ihre Klage im Vorprozesse auf das Fundament der nützlichen Verwendung gestützt habe und dies von den erkennenden Richtern für begründet erachtet worden. —

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 22. Juni 1853, sowie des Civil-Senats des Kammergerichts, Abtheilung II., vom 17. November 1851 ist denn auch der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen.

Die gegen das Appellationsurtheil vom Kläger erhobene Nichtigkeits-Beschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals mittelst Erkenntnisses vom 24. Mai 1854 zurückgewiesen. —

Gründe.

Der Appellations-Richter hat den Kläger mit seinem Antrage, das Erkenntniß im Vorprozesse vom 17. Februar 1852 für nichtig zu erklären, aus dem doppelten Grunde abgewiesen, weil

1. das angefochtene Erkenntniß nicht allein auf das für nichtig erklärte Judicat, sondern auch auf das nachgewiesene Fundament der nützlichen Verwendung gestützt worden;
2. dasselbe auch auf Grund des §. 2. Tit. 16. Thl. I.

Digitized by Google

G.-O. nicht als nichtig angefochten werden könne, indem der Contumacial-Bescheid vom 14. August 1842 erst nach Beendigung des Vorprozesses für nichtig erklärt worden, bis dahin aber nach §. 10. a. a. O. alle Wirkungen eines rechtskräftigen Judicats gehabt, also keine falsa causa in sich geschlossen habe, und nicht unter die im §. 2. a. a. O. aufgeführten Fällen subsumirt werden könne.

Implorant hat beide Entscheidungsgründe als nichtig angefochten, der gegen den ersten gerichtete Angriff erledigt sich jedoch von selbst, wenn der zweite als unbegründet sich darstellt, und dies ist allerdings der Fall.

Nach §. 2. Tit. 16, Thl. I. der Allg. Ger.-Ordnung soll ein Urtel nichtig sein,

„wenn dasselbe ex falsa causa gegeben worden, das heißt, wenn eine Partei bloß auf den Grund eines falschen Documents, oder lediglich nach den Aussagen bestochener Zeugen verurtheilt oder abgewiesen worden,"

und werden demnächst in dieser Beziehung den falschen Urkunden auch verwechselte Urkunden, desgleichen falsche und unrichtige Karten und Vermessungsregister gleichgestellt. Implorant behauptet, daß dies Gesetz auf den vorliegenden Fall habe angewendet werden müssen, da die nothwendige Grundlage der Entscheidung im Vorprozesse — das Judicat vom 14. August 1842 gewesen sei — und nachdem dasselbe für nichtig erklärt worden, diese Grundlage als eine falsche sich herausgestellt habe.

Allein mit Recht hat der Appellations-Richter dagegen ausgeführt, daß der vorliegende Fall von dem im Gesetze als Grund einer Nullität aufgestellten ganz verschieden sei. Namentlich liegt ein falsches Document in dem Sinne, wie das Gesetz seinen ausdrücklichen Bestimmungen zufolge

Digitized by Google

voraussetzt, nicht vor. Eine Urkunde kann, wie bereits in dem Urtel des Ober-Tribunals vom 19. April 1847 (Entscheidungen Bd. 14. S. 423 ff.) ausführlich gezeigt worden, nichtig sein, ohne deshalb zugleich eine falsche Urkunde zu sein. Denn zum Begriffe einer solchen gehört, daß darin eine Thatsache oder Form wahrheitswidrig als geschehen vorgespiegelt worden, welchen Fall das Gesetz demjenigen gleichstellt, wo die der Entscheidung zum Grunde gelegte Urkunde einen ganz anderen als den Gegenstand des vorgewesenen Prozesses betroffen hat. Keiner dieser Fälle liegt hier vor. Der Contumacial-Bescheid vom 14. August 1842 war nicht nur wirklich von dem competenten Richter ausgegangen, sondern auch der damaligen aktenmäßigen Lage der Sache gemäß abgefaßt worden. Der später geführte Nachweis, daß Implorant damals noch minorenn gewesen und dessen Vormund hätte vorgeladen werden müssen, hatte allerdings die Nichtigkeit des Contumacial-Bescheides zur Folge, allein dies änderte seine Eigenschaft als eines wirklichen in der dargestellten Art ergangenen richterlichen Erkenntnisses nicht, stellte es in keiner Art als ein falsches Document dar, und das auf den Grund desselben erlassene spätere Judicat, im Vorprozesse, kann daher um so weniger als ein, in Gemäßheit des §. 2. No. 1. Tit. 16. Thl. I. der Allg. Ger.-Ordn. nichtiges angesehen werden, als — wie der Appellations-Richter richtig ausführt — selbst ein bereits als nichtig angefochtenes Erkenntniß bis dahin, daß die Nichtigkeit rechtskräftig feststeht, alle Wirkungen eines rechtskräftigen gültigen Judicats behalten soll, folglich auch der Entscheidung im Vorprozesse zum Grunde gelegt werden mußte, und es die eigene Schuld des Imploranten war, wenn er damals nicht — unter Bescheinigung der von ihm angestellten Nullitäts-Klage — die Einstellung des Vor-

Digitized by Google

prozesses vor dessen definitiver Entscheidung in Antrag gebracht hatte.

Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt auch die Vorschrift des vorallegirten Gesetzes, nach welcher, wenn Karten oder Zeichnungen den Parteien an Ort und Stelle vorgelegt und von ihnen ausdrücklich für richtig anerkannt werden, auf den nachherigen Nachweis, daß diese Karten dennoch falsch seien, eine Nullitätsklage nicht gegründet werden kann.

Implorant behauptet nun zwar, daß rechtsgrundsätzlich mit der Vernichtung eines Judicats zugleich eine, mittelst der actio judicati erwirkte Wiederholung des Judicats, den Anspruch auf rechtliche Existenz verliere, und dies aus der Vorschrift des §. 182. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. folge, welche, wenn ein Vertrag oder Urtel, auf deren Grund Jemand Zahlung geleistet habe, in der Folge für ungültig erklärt worden, anzunehmen gebiete, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen, und er meint, daß, wenn demzufolge das auf den Grund eines solchen Urtels Gezahlte wieder zurückgefordert werden könne, um so mehr eine noch nicht gezahlte Forderung fortfallen müsse. Er macht deshalb die Verletzung des von ihm hier aufgestellten Rechtsgrundsatzes und einen Verstoß gegen die Vorschrift des §. 182. a. a. O. dem Appellations-Richter zum Vorwurfe.

Er verwechselt jedoch hierbei zwei ganz verschiedene Gesichtspunkte. Ob er vielleicht berechtigt gewesen sein möchte, bereits von ihm gezahlte Alimente nach erfolgter Nullitäts-Erklärung des Contumacial-Bescheides vom 14. August 1842 zurückzufordern und resp. eine Freisprechung von der Entrichtung der noch nicht gezahlten in einer besondern Klage zu verlangen, ist hier nicht in Frage und nicht der Ort zu prüfen; es fragt sich vielmehr nur, ob das im Vorprozesse ergangene Erkenntniß an einer vom Gesetze aner-

Digitized by Google

kannten Nullität leidet? Diese Frage hat der Appellations-Richter mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 10. Tit. 16. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. verneint, wonach der Richter im Vorprozeß das Judicat vom 14. August 1842 trotz des vom Imploranten dagegen erhobenen Einwandes der Nullität der Entscheidung zum Grunde legen mußte, sein Erkenntniß also auf vollkommen gesetzlicher Grundlage beruht, und diese rechtliche Ansicht des Appellations-Richters hat Imploran nicht nur nicht anzufechten vermocht, sondern sie erscheint auch richtig.

Wenn aber hiernach der selbstständige Haupt-Entscheidungsgrund des Appellations-Richters ohne Erfolg angefochten erscheint, so erledigen sich auch von selbst die sonstigen Beschwerdepunkte des Imploranten, da selbst, wenn dabei ein Verstoß dem Appellations-Richter nachgewiesen werden könnte, nach der Instruction vom 7. April 1839 immer nicht eine Vernichtung der durch den zweiten Entscheidungsgrund an sich gerechtfertigten Entscheidung des Appellations-Richters erfolgen dürfte.

Es war demgemäß die Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 16.

Beamten im Gegensatz zu Personen, welche bloß mit einzelnen Gemeindediensten beauftragt sind.

Auf den Angriff oder Widerstand gegen Transporteurs, welche nicht auf den Grund eines Amtes, sondern in Folge eines ihnen im Gemeindedienste

Digitized by Google

ertheilten Auftrags Gefangene transportirt haben, findet weder der erste noch der zweite Absatz des §. 89. des Str. G. B. Anwendung, der erste nicht, weil ihnen die Eigenschaft eines Beamten mangelt, der zweite nicht, weil sie nicht zur Mannschaft einer Gemeinde ꝛc.-Wehr gehören, und es an der persönlichen Mitwirkung eines Beamten bei Ausführung des Transports fehlt. Präjudicien des Senats für Strafsachen No. 93.

Str. G. B. §§. 89. 142. No. 2.

Der Schneider Julius F. zu A. war beschuldigt am 2. März 1853 mit der in der Bürgerwehr zu A. untergebrachten, der Obhut der Wachtmannschaft anvertrauten Wittwe H, während er selbst dort als Wachthabender commandirt war, den Beischlaf vollzogen zu haben. Das Appellations-Gericht zu Insterburg lehnte jedoch mittelst Beschlusses vom 27. September 1853 den auf §. 142. Str. G. B. gestützten Antrag der Staats-Anwaltschaft auf Verfügung der Untersuchung ab, und die deshalb erhobene Beschwerde wies das Ober-Tribunal durch Beschluß vom 16. December 1853 zurück, indem es davon ausging, daß die Strafandrohung im §. 142. No. 2. u. 3. Str. G. B. nur auf wirkliche Beamte zu beziehen sei, daß der Schneider F. aber durch die ihm übertragene Obhut über die Person der Wittwe H. die Eigenschaft eines Beamten nicht erlangt habe, indem eines Theils nach dem Sprachgebrauche des A. L. R. Thl. II. Tit. 10. §. 68 ff. solche Personen, welche gemäß §. 37. Tit. 7. Thl. II. daselbst Gemeindedienste bei Bewachung oder auf dem Transporte von Verbrechern leisten, auch während dieser Dienstleistung nicht als

Digitized by Google

Beamte bezeichnet würden — und anderen Theils nach §§. 95. und 322. Str. G. B. Personen, denen die Aufbewahrung, Begleitung oder Bewachung von Gefangenen anvertraut ist, von „Beamten" unterschieden würden; überdies auch weder §. 89. noch eine andere Stelle im Straf-Gesetz-Buche zu dem Schlusse berechtige, daß unter der Bezeichnung von Beamten im §. 142 c. auch solche Personen verstanden seien, welche ohne bleibendes Amtsverhältniß, nur vermöge vorübergehender öffentlicher Functionen mit der Obhut über einen Gefangenen betraut worden, und während derselben die dort bezeichneten strafbaren Handlungen verüben.

In der später gegen den Arbeitsmann O. zu G. eingeleiteten Untersuchung wurde in den Instanzen festgestellt:

daß O., als er zur Verbüßung einer Arbeitshausstrafe nach St. transportirt wurde und am 30. Septbr. 1852 zu P. durch den Schulzen G. daselbst dem Schuhmacher R. zum Bewirken des Transports übergeben worden, auf des Letzteren Aufforderung, die Reise fortzusetzen, sich dessen geweigert und dem R. vor die Brust gefaßt habe.

O. wurde jedoch sowohl in erster als zweiter Instanz aus dem Grunde freigesprochen, weil die der Anklage zu Grunde liegende Vorschrift des §. 89. des Str. G. B. hier nicht zutreffe. In der Nichtigkeits-Beschwerde suchte die Ober-Staats-Anwaltschaft auszuführen, daß jene Vorschrift jedenfalls um deswillen Anwendung finden müsse, weil ein Transporteur als eine zur Beihülfe eines Beamten zugezogene Person, im Sinne des alinea 2. des §. 89 c. angesehen werden müsse.

Die Majorität der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen hielt zwar das alinea 2. des §. 89. für nicht anwendbar auf den vorliegenden Fall, war jedoch der Ansicht, daß die Entscheidung der Sache wesentlich von der

Digitized by Google

Beantwortung der Frage abhängig sei, ob der Transporteur eines Gefangenen, auch ohne die Qualität eines Beamten zu besitzen, dennoch während der Ausführung des Transports als Beamter angesehen werden müsse? und entschied sich für die Bejahung dieser Fragen aus folgenden Gründen: weil der §. 89 c. Strafen für den Widerstand gegen die Staatsgewalt festsetze, der Transport eines Gefangenen aber durch die Staatsgewalt angeordnet und ausgeführt werde; weil folglich der Transporteur, welchem durch die gesetzlich bestellte Behörde der Transport eines Gefangenen übertragen worden, bei Ausführung dieses Geschäfts im Auftrage der Staatsbehörde eine, dieser obliegende Handlung verrichte, und deshalb als deren Beauftragter angesehen werden müsse, selbst wenn er nicht in vorgeschriebener Art als Beamter angestellt sei, und weil endlich der dem Transporteur entgegengesetzte Widerstand als ein der Staatsbehörde selbst entgegengesetzter Widerstand zu betrachten sei.

Da zwischen dieser Ansicht und der Eingangs erwähnten Entscheidung des Ober-Tribunals vom 16. Decbr. 1853 ein principieller Conflict erkannt wurde, so erfolgte die Verweisung der Sache an das Plenum des Senats für Strafsachen, und es wurde die zu lösende Plenar-Frage dahin gestellt:

> findet der §. 89. Str. G. B. auf Transporteurs, welche nicht auf Grund eines Amtes, sondern in Folge eines ihnen im Gemeindedienst ertheilten Auftrags (Gefangene) transportirt haben, Anwendung?

Nachdem in der Sitzung des Plenums vom 24. April 1854 die Verhandlung der Sache stattgefunden, erging folgendes Erkenntniß:

> In Erwägung, daß die Nichtigkeits-Beschwerde nicht gegen den von den Vorderrichtern festgestellten That-

Digitized by Google

bestand, vielmehr nur gegen die stattgefundene Nichtanwendung des §. 89. Str. G. B. auf den vorliegenden Thatbestand gerichtet ist, indem dieselbe auszuführen sucht, daß der von einem Ortsvorstande bestimmte Transporteur eines Arrestaten, wenn derselbe auch nicht Beamter sei, doch als eine Person angesehen werden müsse, welche zur Beihülfe des Ortsvorstandes zugezogen worden sei;

in Erwägung, daß, anlangend zunächst die Frage über die Anwendbarkeit des ersten alinea des §. 89., dieselbe zu verneinen ist, da nach dem Sprachgebrauch des A. L. R. §. 68. Tit. 10. Thl. II. Personen, welche zufolge der Vorschrift des §. 37. Tit. 7. Thl. II. Gemeindedienste bei der Bewachung oder bei dem Transporte von Verbrechern leisten, bei Ausrichtung solcher Dienste nicht als Beamte bezeichnet sind, auch das Strafgesetz-Buch, wie sich aus §§. 95. u. 325. ergiebt, zwischen Nichtbeamten und Beamten, welchen die Aufbewahrung, Begleitung oder Bewachung eines Gefangenen anvertraut worden, unterscheidet, und da endlich selbst der gemeine Sprachgebrauch den Transporteur eines Gefangenen nicht als Beamten bezeichnet;

in Erwägung, daß, anlangend die Frage über die Anwendbarkeit des zweiten alinea des §. 89. des Str. G. B. auch diese verneint werden muß, da daselbst von Personen die Rede ist, welche zur Beihülfe eines Beamten zugezogen werden, mithin der Fall vorausgesetzt wird, daß Personen Behufs der einem in Ausrichtung seines Amtes begriffenen Beamten zu leistenden Hülfe zugezogen werden;

daß ein solcher Fall aber in dem festgestellten Thatbestande nicht vorliegt, indem dem Ortsvorstande selbst, den Transport des Angeklagten zu bewirken, nicht oblag,

Digitized by Google

derselbe vielmehr nur die mit der Ausführung des Transports zu beauftragenden Personen zu bestimmen hatte;

in Erwägung, daß der von den Vorderrichtern dahin festgestellte Thatbestand,

daß der Angeklagte bei seinem Transporte nach dem Arbeitshause zu St. von dem Schulzen G. in P. dem Schuhmacher R. zur Bewirkung des Transports übergeben worden, und auf des Letztern Aufforderung die Reise fortzusetzen, sich dessen geweigert, und den R. vor die Brust gefaßt habe,

im Hinblick auf die obigen Gründe die Anwendung des §. 89 c. nicht rechtfertigt;

in Erwägung endlich, daß die Anklage nicht auf die Anwendung des §. 187. Str. G. B. gerichtet, auch die dazu erforderliche thatsächliche Unterlage nicht festgestellt ist, und daß sonach die Nichtigkeits-Beschwerde unbegründet erscheint,

wird für Recht erkannt:

daß die von der Ober-Staats-Anwaltschaft gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Kammergerichts vom 25. October 1853 angebrachte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 17.

Schwere Körperverletzung.

Unter Arbeitsunfähigkeit im Sinne des §. 193. des Str. G. B. ist nicht jede eingetretene Verminderung der Arbeitsfähigkeit, und nicht schon die Unfähigkeit zur Verrichtung der Berufsarbeit des Verletzten,

Digitized by Google

sondern die Unfähigkeit zur Verrichtung gewöhnlicher körperlicher, durch erhöhten Kraftaufwand nicht bedingter Arbeit zu verstehen, welche festzustellen Gegenstand der thatsächlichen Würdigung ist, und welche durch den bei thatsächlichen Feststellungen gebrauchten allgemeinen Ausdruck: „Arbeitsunfähigkeit" ohne näheren Beisatz bezeichnet wird. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 101.

Str. G. B. §§. 193. 195.

Nach der Feststellung im Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Dortmund vom 17. December 1854 hat der Maurer S. am 19. September 1852 bei einer Schlägerei, an welcher F. L. und W. L. Theil genommen und mit auf den S. geschlagen haben, mehrere Verletzungen erhalten, ohne daß hat festgestellt werden können, wer ihm dieselben beigebracht hat. Das Kreisgericht zu Dortmund hat zwei als schwer angesehen:

1. das Abbrechen eines Zahnes, weil hierin eine Verstümmlung liege,
2. eine Wunde am Hinterhaupte, welche erst am 14. October als geheilt anzusehen war, weil hiernach ein längeres als zwanzigtägiges Kranksein vorliege,

und beide Angeklagten nach §. 197. des Str. G. B. zur Strafe verurtheilt.

Auf die Appellation der Angeklagten hat der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Hamm im mündlichen Verfahren am 24. März 1854 das schon in erster Instanz vorgelesene Attest des Kreisphysicus über die Verletzungen wieder vorlesen lassen, in welchem es heißt:

Was die Arbeitsunfähigkeit betrifft, so muß ich

Digitized by Google

bemerken, daß S. vor zwanzig Tagen wieder Kraft genug zum Arbeiten hatte, aber da er Maurer ist, der bei seiner Arbeit dem Wind und Wetter ausgesetzt ist, so war es rathsam, sich so lange von der Arbeit zu enthalten, bis alle Wunden geheilt waren, um alle nachtheiligen Einwirkungen abzuhalten und übeln Folgen vorzubeugen. Hätte er eine andere Profession gehabt und hätte er in der Stube arbeiten können, wie z. B. ein Schneider oder Schuster, so hätte er wohl eine Woche früher arbeiten können,

hat demnächst erwogen:

daß zwar weder das Abbrechen eines einzelnen Zahnes für eine Verstümmlung im Sinne des §. 193. Str. G. B., noch die bloße noch nicht vollendete Heilung einer Wunde für eine eigentliche Krankheit angesehen werden kann, daß jedoch nach dem Gutachten des Kreisphysicus der S. nach Ablauf von zwanzig Tagen sein Gewerbe als Maurer noch nicht wieder in dem gewohnten Umfange hat betreiben können, und insofern jedenfalls nach dieser Zeit noch arbeitsunfähig gewesen ist,

und das erste Erkenntniß bestätigt. Wegen unrichtiger Anwendung des §. 195. des Str. G. B. haben beide Angeklagten Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, auf welche das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheil. II. am 6. Juli 1854:

in Erwägung, daß der Appellations-Richter durch die Feststellung:

daß der Verletzte nach Ablauf von zwanzig Tagen sein Gewerbe als Maurer noch nicht wieder in dem gewohnten Umfange hat betreiben können, und insofern jedenfalls nach dieser Zeit noch im gesetzlichen Sinne arbeitsunfähig gewesen ist,

Digitized by Google

nicht schlechthin eine Arbeitsunfähigkeit von längerer als zwanzigtägiger Dauer, sondern nur die Unfähigkeit des Verletzten, seine Berufsarbeiten als Maurer in dem gewohnten Umfange zu betreiben, festgestellt hat;

in Erwägung, daß durch Anwendung der Strafbestimmung des §. 195. des Str. G. B. auf diese Feststellung dieser §. 195., und der darin angezogene §. 193. in doppelter Beziehung verletzt sind, indem nach dem gemeinen Sprachgebrauche, welcher bei Auslegung des die Strafe von zwei bis funfzehn Jahren Zuchthaus androhenden §. 193. streng festgehalten werden muß, arbeitsunfähig, d. h. unfähig zum Arbeiten

a) der nicht ist, welcher zwar nicht in dem gewohnten Umfange, aber doch noch erheblich arbeiten kann,

b) ebenso der nicht, welcher zwar nicht seine Berufsarbeiten, wohl aber andere gewöhnliche körperliche Arbeiten verrichten kann, was bei den Vorarbeiten des Strafgesetz-Buchs ausdrücklich festgehalten worden ist, indem der Entwurf von 1843 statt des Ausdrucks: „Arbeitsunfähigkeit" gesagt hatte: „unbrauchbar zu seinen Berufsarbeiten," die Revision von 1845 aber jenen Ausdruck wiederhergestellt hat, weil jemand noch recht wohl arbeitsfähig sein könne, wenn er auch seine Berufsarbeit aufgeben müsse;

in Erwägung, daß, wenn nur dies Beides anerkannt wird, der thatsächlichen Würdigung des einzelnen Falles überlassen werden muß, festzustellen, ob derjenige Umfang und diejenige Art der Arbeit, welche noch geleistet werden können, eine Arbeitsfähigkeit darstellen:

daß insoweit also dem Richter der That die Würdigung des einzelnen Falles nicht entzogen werden darf;

daß aber unbeschadet dieser thatsächlichen Würdi-

Digitized by Google

gung der Begriff: „Arbeitsunfähigkeit“ im §. 193. selbst einen Rechtsbegriff enthält, und darunter nicht schon jede eingetretene Verminderung der Arbeitsfähigkeit, und nicht schon die Unfähigkeit zur Verrichtung der Berufsarbeit, sondern die Unfähigkeit zur Verrichtung gewöhnlicher körperlicher, durch erhöhten Kraftaufwand nicht bedingter, Arbeit zu verstehen ist, welche festzustellen Gegenstand der thatsächlichen Würdigung ist, und welche durch den bei der thatsächlichen Feststellung gebrauchten allgemeinen Ausdruck: „Arbeitsunfähigkeit“ ohne näheren Beisatz, bezeichnet wird;

in Erwägung, daß hiernach es einer anderweiten Feststellung, ob die Verletzungen eine längere als zwanzigtägige Arbeitsunfähigkeit des Verletzten zur Folge gehabt haben, bedarf,

das Appellations-Erkenntniß und das mündliche Verfahren zweiter Instanz vernichtet, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Appellations-Gericht zu Hamm verwiesen hat.

№ 18.

Gebrauch unrichtiger Werkzeuge zum Messen oder Wiegen.

Die im §. 241. des Str. G. B. erforderte gewinnsüchtige Absicht ist in den Worten des §. 243. No. 1:

wer sich wissentlich unrichtiger, zum Messen oder Wiegen bestimmter Werkzeuge zum Nachtheile eines Andern bedient,

enthalten, und braucht neben denselben nicht noch be-

Digitized by Google

sonders festgestellt zu werden. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 98.

Str. G. B. §. 243. No. 1.

In der Untersuchung wider den Commissionshändler T. hatte der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Marienwerder die thatsächliche Feststellung des ersten Richters:

daß der Angeklagte beim Ankaufe von Knochen und Lumpen wissentlich sich falscher Gewichte bedient, und dadurch die Verkäufer benachtheiligt habe,

beibehalten, aber neu festgestellt:

daß derselbe diese unrichtigen Gewichte sowohl beim Ankaufe als Wiederverkaufe von Knochen und Lumpen angewandt, mithin bei dieser Anwendung eine betrügerische oder sonst dolose Absicht nicht gehabt habe.

Dessen ungeachtet hatte er mittelst Erkenntnisses vom 30. Mai 1853, weil jene beibehaltene Feststellung ohne Rücksicht auf eine gehabte besondere Absicht zur Anwendung des §. 243. No. 1. des Str. G. B. genüge, auf Strafe gegen den Angeklagten wegen Führens falscher Gewichte erkannt.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen erste Abtheilung, vernichtete am 18. November 1853 dies Erkenntniß, weil nach der thatsächlichen Feststellung desselben der Angeklagte bei Anwendung der unrichtigen Gewichte eine betrügerische oder sonst dolose Absicht nicht gehabt, zur Anwendung des §. 243. No. 3. es aber der thatsächlichen Feststellung bedurft habe, daß der Angeklagte in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines Andern dadurch, daß er sich wissentlich unrichtiger Gewichte zum Nachtheile eines Andern bedient habe, beschädigt oder doch zu beschädigen versucht habe, und wies die Sache in die zweite Instanz zurück.

Digitized by Google

Derselben Abtheilung des Senats lag am 21. April 1854 die Untersuchung wider den Arbeitsmann R. zur Entscheidung der Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten vor. In dieser war im Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 15. December 1853 festgestellt worden:

daß der Angeklagte am 31. August 1853 beim Verkaufe von Wurst sich wissentlich unrichtiger zum Wiegen bestimmter Werkzeuge zum Nachtheile eines Andern bedient habe.

Der Angeklagte war auf Grund des §. 243. No. 1. des Str. G. B. wegen Betruges zur Strafe verurtheilt, und dies Erkenntniß auf seine Appellation vom Criminal-Senat des Kammergerichts am 4. Februar 1854 bestätigt worden. Die vom Angeklagten noch eingelegte, auf unrichtige Anwendung des §. 243. No. 1. gegründete Nichtigkeits-Beschwerde hielt die gedachte Abtheilung des Senats für unbegründet, verwies aber, weil die vorstehenden Gründe des in der Untersuchung wider R. erlassenen Erkenntnisses vom 18. November 1853 zur Anwendung des §. 243. No. 3. neben dessen Voraussetzung:

„wissentlich zum Nachtheile eines Andern"

noch die ausdrückliche Feststellung der gewinnsüchtigen Absicht zu erfordern schienen, die Verhandlung und Entscheidung der Sache an das Plenum des Senats. Dieses hat am 12. Juni 1854 erwogen:

daß die im §. 243. No. 1. des Str. G. B. mit Strafe bedrohte Handlung zur Klasse des Betruges gehört, wie solches aus der Aufstellung des Gesetzes in dem über den Betrug handelnden Abschnitte des Str. G. B. und aus dem Inhalte des §. 245. ebendas. sich ergiebt,

daß daher die Anwendbarkeit der Vorschrift der No. 1. §. 243. durch das Vorhandensein derjenigen Merkmale

Digitized by Google

bedingt ist, welche in der im §. 241. Str. G. B. gegebenen Begriffsbestimmung des Betruges enthalten sind, daß dieselbe folglich die Erregung eines Irrthums in gewinnsüchtiger auf die Beschädigung des Vermögens eines Andern gerichteten Absicht voraussetzt;

daß jedoch diese Merkmale sich auch in den Worten der No. 1. §. 243.;

„wer sich wissentlich unrichtiger, zum Messen oder Wiegen bestimmter Werkzeuge zum Nachtheile eines Andern bedient,"

vorfinden, indem die geforderte Wissentlichkeit nicht bloß den erregten Irrthum, sondern auch die gewinnsüchtige Absicht ausdrückt;

daß zufolge des von beiden Instanzrichtern übereinstimmend festgestellten Sachverhältnisses

der Angeklagte, welcher im Laden des Coinculpaten N. stellvertretend beschäftigt war, am 31. August 1853 Abends auf der Ladenwaage dem M. ein Stück Wurst zugewogen, bei welchem sich demnächst ein Mindergewicht von 2 Loth ergab, bei dem Zuwiegen in der betreffenden Waageschale sich eine Papier-Unterlage, 2 Loth schwer, befunden, welche um so viel das Gewicht gefälscht, und Angeklagter sich dieses in bezeichneter Weise unrichtigen Werkzeuges zum Wiegen wissentlich bedient und dadurch vorsätzlich dritte Personen benachtheiligt hat,

daß dieser Thatbestand die Erfordernisse des §. 243. No. 1. des Str. G. B. und mithin auch die des §. 241. a. a. O. vollständig enthält, die über Verletzung des Strafgesetzes geführte Beschwerde mithin unbegründet ist, und die Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten zurückzuweisen.

Digitized by Google

№ 19.

Verjährung der durch die Presse begangenen gemeinen Verbrechen und Vergehen.

Die im §. 49. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 ausgesprochene sechsmonatliche Verjährung der durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen bezieht sich auch auf die durch die Presse begangenen gemeinen Verbrechen und Vergehen, für welche die Strafbestimmungen im Strafgesetz-Buche enthalten sind.

Sie kömmt auch Dem, welchem nur die wissentliche weitere Verbreitung des Inhalts einer verleumderischen Druckschrift durch deren Vorlesen zur Last gelegt wird, zu statten.

Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 100.
Preßgesetz vom 12. Mai 1851 §. 49.

Der Kaufmann K. hatte für den Weber U. eine von diesem an die Regierung zu Erfurt eingereichte Beschwerdeschrift abgefaßt, in welcher nach der Feststellung der Vorderrichter unwahre, einen öffentlichen Beamten in der öffentlichen Meinung dem Hasse und der Verachtung in Bezug auf seinen Beruf aussetzende Thatsachen behauptet worden sind. Auf Veranlassung des K. ist die Beschwerdeschrift in ein öffentliches Blatt inserirt, nämlich der Allgemeinen Erfurter Zeitung als Gratisbeilage beigegeben worden, und hat er die Druckschrift in der Versammlung des Bürger-Hülfsvereins zu Erfurt am 3. Juni 1852 vorlesen lassen.

Gegen U. und K. ist eine Anklage wegen Verleumdung darauf, daß die Beschwerdeschrift an die Regierung

Digitized by Google

eingereicht ist, gegründet, in dieser Beziehung aber sind Beide durch das insoweit rechtskräftig gewordene Erkenntniß des Kreisgerichts zu Erfurt vom 1. October 1853 freigesprochen. Dagegen ist durch dasselbe Erkenntniß K., weil er die Beschwerdeschrift durch den Druck veröffentlicht, und die Druckschrift in der Versammlung des Bürger-Hülfsvereins hat vorlesen lassen, der Verleumdung eines öffentlichen Beamten in Beziehung auf seinen Beruf schuldig erachtet und zu neun Monaten Gefängniß verurtheilt und auf seine Appellation dies Erkenntniß vom Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg am 14. März 1854 bestätigt worden.

Die Verfolgung der Sache hatte vom Juli 1852 bis zum Februar 1853 geruhet. Beide Vorderrichter haben aber die im §. 49. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 ausgesprochene sechsmonatliche Verjährung darum nicht anwendbar erachtet, weil die Bestimmung dieses Paragraphen sich nicht auf gemeine im Strafgesetz-Buch vorgesehene Vergehen, welche durch die Presse begangen werden, bezögen, der Appellations-Richter außerdem darum, weil jedenfalls die durch das Vorlesen der Druckschrift bewirkte Verbreitung der darin enthaltenen Verleumdungen keine durch die Presse begangene strafbare Handlung sei.

Die vom Angeklagten gegen das Appellations-Erkenntniß wegen Verletzung des gedachten §. 49. eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abthl. II. mittelst Erkenntnisses vom 29. Juni 1854 begründet erachtet und,

in Erwägung, daß nach der Feststellung des Appellations-Richters die vom Angeklagten für den Weber U. verfaßte, von diesem an die Regierung zu Erfurt eingereichte Beschwerdeschrift vom 29. April 1852, deren Abfassung und Einreichung an die Regierung nach der rechtskräftigen

Digitized by Google

Entscheidung des ersten Richters darum nicht für eine strafbare Verleumdung erachtet worden ist, weil der Beweis, daß in dieser an die Behörde, um Schutz zu suchen, gerichteten Beschwerdeschrift die darin behaupteten unwahren Thatsachen wider besseres Wissen behauptet seien, nicht geliefert worden, auf Veranlassung des Angeklagten in ein öffentliches Blatt inserirt, nämlich der Allgemeinen Erfurter Zeitung als Gratisbeilage beigegeben worden ist, und daß der Angeklagte in der Versammlung des Bürger-Hülfsvereins vom 3. Juni 1852 die Druckschrift hat vorlesen lassen, in diesen von der Abfassung und Einreichung verschiedenen selbstständigen Handlungen aber der Appellations-Richter eine wiederholte strafbare Verbreitung der Beschwerdeschrift gefunden hat;

in Erwägung, daß nach der vom Appellations-Richter nicht geänderten Feststellung des ersten Richters das wirkliche Erscheinen der Druckschrift schon in No. 40. der Allgemeinen Zeitung, welche in den Acten befindlich und danach am 29. Mai 1852 ausgegeben ist, mit dem Bemerken, daß sie zu 1 Sgr. zu haben sei, bekannt gemacht worden ist; daß also am 3. Juni eine wenigstens schon seit 4 Tagen an demselben Orte, in Erfurt, öffentlich erschienene Druckschrift im Bürger-Hülfsverein vorgelesen worden ist;

in Erwägung, daß das Vorlesen einer im Bereiche des Staates öffentlich erschienenen Druckschrift in einer Versammlung zwar unter Umständen eine selbstständige Beleidigung enthalten kann, wenn die Absicht der Ehrverletzung bei der Handlung des Vorlesens besonders festgestellt wird, was im vorliegenden Falle in keiner Weise geschehen ist, daß aber die in dem bloßen Vorlesen liegende Verbreitung der in der Druckschrift mitgetheilten Thatsachen nur ein Theil der durch die Presse erfolgenden Verbrei-

Digitized by Google

tung ist, gleichwie der Verkauf der Druckschrift von Seiten des Buchhändlers zu dieser durch die Presse erfolgenden Verbreitung gehört, daß daher der Vorlesende eben so wie der Buchhändler, wenn jener oder dieser wegen dieser Verbreitung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen überhaupt strafbar erscheint — §. 34. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 — wegen eines vermittelst einer Druckschrift begangenen Vergehens bestraft wird, so daß der Angeklagte, welcher nach der Feststellung des Appellations-Richters die Druckschrift verfaßt, das öffentliche Erscheinen im Druck und das Vorlesen der Druckschrift im Bürger-Hülfsverein veranlaßt hatte, nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen also mit Recht vom Appellations-Richter auch für dieses Vorlesen verantwortlich erachtet worden ist, doch auch hierin nur vermittelst der Druckschrift sich strafbar gemacht hat;

daß hiernach das Vorlesen der Druckschrift eben so zu den durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen gehört, als die Veröffentlichung des Aufsatzes durch den Druck selbst;

in Erwägung, daß der §. 49. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 verordnet:

das Recht zur Verfolgung der in diesem Gesetze vorgesehenen, durch die Presse begangenen, strafbaren Handlungen verjährt, insofern das Strafgesetz-Buch keine kürzere Verjährungsfrist vorschreibt, in sechs Monaten von dem Tage ab gerechnet, an welchem die Veröffentlichung stattgefunden hat (§§. 32. u. 33.),

in Erwägung, daß diese Bestimmung in das neue Preßgesetz aus dem §. 35. der früheren Verordnung vom 30. Juni 1849 übernommen worden ist, wo sie lautete:

das Recht zur Verfolgung wegen der in dieser Ver-

Digitized by Google

ordnung vorgesehenen, öffentlich begangenen, strafbaren Handlungen verjährt in sechs Monaten von dem Tage an gerechnet, wo die Veröffentlichung (§. 31.) stattfand, daß in dieser Verordnung die vorstehende Bestimmung unzweifelhaft auch auf die in derselben Verordnung in den §§. 20. bis 29. materiell abgehandelten gemeinen Vergehen, und darunter die in den §§. 25. bis 29. abgehandelte Verleumdung sich bezog;

in Erwägung, daß in demselben Sinne die Bestimmung in den von der Regierung den Kammern vorgelegten Entwurf zum neuen Preßgesetze, — welcher im Abschnitt V. einen vollständigen Strafcodex über die durch die Presse zu begehenden gemeinen Vergehen enthielt, namentlich in den §§. 56. bis 68. 70. bis 80. strafbare Aufforderungen, Beleidigung der Majestät und der Mitglieder des Königlichen Hauses, Beleidigung befreundeter Staaten, Widerstand gegen die Staatsgewalt, Vergehen gegen die öffentliche Ordnung, Verletzungen der Ehre mit Einschluß der Verleumdungen und Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen, materiell abhandelte — in den §. 82. aufgenommen war, wo sie mit der einzigen Abweichung, daß statt der Worte: „öffentlich begangenen" gesagt war: „durch die Presse begangenen" wörtlich lautete, wie in §. 35. der Verordnung vom 30. Juni 1849; daß also hier die Verjährung zwar allein auf die „durch die Presse begangenen," strafbaren Handlungen beschränkt worden war, aber wiederum die durch die Presse begangenen, vorgedachten, gemeinen Verbrechen mitumfaßte;

in Erwägung, daß, — weil im Laufe der Kammer-Verhandlungen über das neue Preßgesetz auch die Verhandlungen über das Strafgesetz-Buch so weit gediehen waren, daß das baldige Erscheinen des Letzteren zu erwarten war,

Digitized by Google

wie es denn noch früher, als das neue Preßgesetz wirklich erlassen ist, aus dem Preßgesetz die materiellen Bestimmungen über die vorgedachten, gemeinen Vergehen zwar weggelassen worden sind, und im §. 56. des Preßgesetzes bei Aufhebung der Verordnung vom 30. Juni 1849 die §§. 13—29. 31. 34—36. derselben, soweit sie dem neuen Preßgesetze nicht entgegen stehen, nur bis zum Eintritte der Gesetzeskraft des Strafgesetz-Buchs aufrecht erhalten worden sind, von diesem Zeitpunkte an die materiellen Strafbestimmungen über die durch die Presse zu begehenden, gemeinen Vergehen und Verbrechen aus dem Strafgesetz-Buche zu entnehmen sind; daß aber hiermit die Bestimmung des Preßgesetzes über die Verjährung der durch die Presse begangenen, strafbaren Handlungen, so wie sie jetzt im §. 49. des neuen Preßgesetzes enthalten ist, nicht aufgehört hat, auch die durch die Presse begangenen, gemeinen Vergehen und Verbrechen, für welche die materiellen Strafbestimmungen im Strafgesetz-Buche enthalten sind, zu umfassen, weil

1. das Argument, welches dem §. 35. der Verordnung vom 30. Juni 1849, so wie dem §. 82. des Entwurfs zum neuen Preßgesetze zum Grunde lag: daß, wenn das, was einmal durch die Presse in Oeffentlichkeit getreten, sechs Monate lang nicht verfolgt worden, es in der Regel das Beste ist, es der Vergessenheit zu überlassen, sich nicht geändert hat,
2. keine Spur sich ergiebt, daß man die vorher wohl überlegte Bestimmung habe ändern wollen, außer daß auf den Antrag beider Kammern die Bestimmung über die Verjährung noch dahin zu Gunsten der Vertheidigung, eine ausdrückliche Erweiterung erhalten hat, daß die Worte:

Digitized by Google

insofern das Strafgesetz keine kürzere Verjährungsfrist vorschreibt,

wie sie sich jetzt im §. 49. des Strafgesetz-Buchs finden, eingeschaltet worden sind;

3. auch die jetzige Fassung dieses Paragraphen dieser Auslegung nicht entgegensteht, indem der Ausdruck desselben:

„der in diesem Gesetze vorgesehenen, durch die Presse begangenen, strafbaren Handlungen,"

so allgemein ist, daß er nicht allein die im Gesetz gedachten, speziell gegen die Preßvorschriften begangenen Vergehen, sondern auch die gemeinen, durch die Presse begangenen Vergehen und Verbrechen, welche in dem im §. 49. sogar allegirten §. 32. und im §. 34. ja vorgesehen worden sind, umfaßt;

in Erwägung, daß hiernach die Bestimmung des §. 49. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 über die Verjährung auf das vom Angeklagten nach der Feststellung der Vorderrichter durch Veröffentlichung der von ihm verfaßten Beschwerdeschrift durch den Druck, und durch das von ihm veranlaßte Vorlesen der Druckschrift begangene, gemeine Vergehen der Verleumdung, da nach dem Obigen auch in letzterer Beziehung ein durch die Presse begangenes Vergehen vorliegt, Anwendung finden, sofern die thatsächlichen Unterlagen der Verjährung vorhanden sind;

in Erwägung, daß nach den Acten der Staats-Anwalt, nachdem ihm die auf seinen Antrag in der Voruntersuchung aufgenommenen, gerichtlichen Verhandlungen mittelst der am 27. Juli präsentirten Verfügung des Gerichts vom 23. Juli 1852 mitgetheilt worden waren, erst am 15. Februar 1853 einen weiteren Antrag gestellt hat, die Verfolgung der Sache also über sechs Monate geruht

Digitized by Google

hat, was schon in der Verfügung des Kreisgerichts zu Erfurt vom 21. Juni 1853 geltend gemacht, und um deshalb die Verjährung, als zu Gunsten des Redacteurs F. eingetreten, angenommen worden ist,

daß auch das Erkenntniß erster Instanz und ebenso, nachdem der Angeklagte sich in der Appellations-Rechtfertigung ausdrücklich auf die Verjährung bezogen hatte, das Appellations-Erkenntniß nur um deshalb die Verjährung nicht anwendbar erachtet haben, weil die Bestimmung des §. 49. des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 sich nicht auf gemeine, im Strafgesetz-Buche vorgesehene Vergehen, welche durch die Presse begangen werden, beziehen, das Appellations-Erkenntniß außerdem darum, weil jedenfalls die durch das Vorlesen der Druckschrift bewirkte Verbreitung der darin enthaltenen Verleumdungen keine durch die Presse begangene, strafbare Handlung sei, was beides vorstehend widerlegt ist;

in Erwägung, daß demgemäß nach Abschn. 4. des angeführten §. 49. dem Angeklagten die Verjährung zu statten kommen muß;

das Appellations-Erkenntniß vernichtet, und das erste Erkenntniß dahin abgeändert worden, daß der Angeklagte K. der Verleumdung eines öffentlichen Beamten in Beziehung auf seinen Beruf nicht schuldig, und sämmtliche Kosten niederzuschlagen.

№ 20.

Fragestellung an die Geschworenen.

Im Falle des §. 144. No. 3. des Str. G. B. ist eine nach §. 44. ebendas. über die Wissenschaft

Digitized by Google

von dem Alter der gemißbrauchten Person den Geschworenen vorzulegende Frage nicht dahin:

ob der Angeklagte gewußt habe, daß die gemißbrauchte Person unter 14 Jahren alt gewesen,

sondern dahin zu stellen:

ob dem Angeklagten das Alter der Person unter 14 Jahren unbekannt gewesen sei?

Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 99.
Str. G. B. §. 144. No. 3.

Der §. 144. No. 3. des Str. G. B. bestraft mit Zuchthaus von 2 bis zu 20 Jahren die Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Personen unter 14 Jahren, resp. die Verleitung solcher Personen zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen. Es sind zwei frühere Entscheidungen des Senats für Strafsachen über die Beweiskraft in Beziehung auf diese Vorschrift, und demgemäß über die Art und Weise der Fragestellung an die Geschworenen ergangen.

In dem ersten Falle wider T. war die Zusatzfrage dahin gestellt:

Hat der Angeklagte gewußt, daß die N. N. noch nicht das vierzehnte Lebensjahr erreicht habe?

Die Beschwerde der Staats-Anwaltschaft, daß diese Frage unzulässig, evens. doch nur dahin zu richten gewesen sei:

ob der Angeklagte sich bei der Annahme des Gegentheils in unverschuldetem Irrthume befunden habe?

ist durch das Urtel des Ober-Tribunals vom 29. Juni 1853 zurück gewiesen, weil die Frage, nach der Art ihrer Stellung, nur die Ermittelung des Umstandes, ob Gründe der Strafausschließung vorhanden seien, zum Zwecke habe, der Richter aber nach Art. 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zur Stellung einer solchen Frage, wenn er dieselbe für noth-

Digitized by Google

wendig halte, befugt, dieselbe auch nach Inhalt des §. 44. des Str. G. B. nicht auf das Vorhandensein eines bloßen Irrthums zu richten gewesen sei.

In dem anderen Falle wider E. laute die Hauptfrage dahin:

Schuldig, die und die — näher angegebenen — Handlungen mit der N. N. vorgenommen, und auf diese Weise, wissend daß die N. N. noch nicht 14 Jahre alt sei, unzüchtige Handlungen mit derselben vorgenommen zu haben?

Die Geschworenen haben geantwortet:

ja, schuldig, aber es ist nicht erwiesen, daß er gewußt habe, die N. N. sei noch nicht 14 Jahre alt.

Das demgemäß freisprechende Urtel ist am 4. November 1853 von dem Ober-Tribunal vernichtet, weil bei der Anwendung des §. 44. des Str. G. B. zu beachten sei, daß aus diesem Gesetze nur ein Grund der Ausschließung der Strafe entnommen werden konnte, mithin zuvörderst der Thatbestand des §. 144. No. 3., nämlich festzustellen gewesen sei, daß eine Person unter 14 Jahren zu unzüchtigen Handlungen gemißbraucht worden, und demnächst gemäß Art. 80. und 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 in der Hauptfrage die Umstände, welche die Strafe ausschließen konnten, hervorgehoben werden mußten, oder eine besondere Frage habe gestellt werden müssen; diesen Grundsätzen die den Geschworenen gestellte Frage und die von ihnen ertheilte Antwort nicht entspreche, weil in der Frage die Merkmale des vorliegenden Verbrechens von den Umständen, welche die Strafe ausschließen, nicht gesondert seien, und weil zur Feststellung des Thatbestandes des §. 144. No. 3. nur erforderlich gewesen sei, daß der Angeklagte mit der erwiesenermaaßen noch nicht 14 Jahre alten N. N. un-

Digitized by Google

züchtige Handlungen vorgenommen habe, nach Feststellung dieser Thatsache aber, falls hierzu eine Veranlassung vorgelegen habe, die Geschworenen zu befragen gewesen seien, ob dem Angeklagten unbekannt gewesen, daß die N. N. das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet habe.

Die zuletzt gedachte Entscheidung nahm also an, die Feststellung des Thatbestandes aus §. 144. No. 3. beschränke sich lediglich auf das objektive Moment:

daß der Angeklagte mit einer Person unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vorgenommen habe,

während in dem zuerst gedachten Falle die Zusatzfrage den Charakter einer Ergänzung des Thatbestandes zugleich durch den Nachweis des subjektiven Moments, nämlich der Kenntniß des Alters unter 14 Jahren, hatte. Darum war sie dort positiv gestellt, während sie nach der zuletzt gedachten Entscheidung die Natur eines von dem Angeklagten zu erhebenden, oder doch nur den Umständen nach vom Richter ex officio zu berücksichtigenden Einwandes gegen das Fundament der durch die einfache Fassung der Frage aus §. 144. No. 3. bereits vollständig erwiesenen Anklage haben, und deshalb negativ gestellt werden sollte.

In einem neuern Falle lauteten die Fragen dahin:

1. Ist der Angeklagte schuldig u. s. w. mit der damals noch nicht 14 Jahren alten N. N. zu wiederholten Malen unzüchtige Handlungen vorgenommen zu haben, indem u. s. w.
2. Ist festgestellt, daß es dem Angeklagten zur Zeit der Ausführung der in der Frage zu 1. bezeichneten unzüchtigen Handlungen unbekannt gewesen, daß die N. N. damals noch nicht 14 Jahre alt war?

Die Geschworenen bejahten die erste und verneinten die zweite Frage, worauf der Schwurgerichtshof durch Urtel

vom 4. Februar 1854 den Angeklagten unter Anwendung der §§. 144. No. 3. und §. 44. des Str. G. B. wegen Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Mädchen unter 14 Jahren in zwei verschiedenen Fällen zu fünf Jahren Zuchthaus verurtheilte.

Die Nichtigkeits-Beschwerde gegen dieses Urtel fand

1. in der Stellung der zweiten Frage eine Verletzung des §. 44. des Str. G. B. in Verbindung mit §. 144. No. 3. ebendas. Denn Thatsachen für sich allein, ohne den verbrecherischen Willen, könnten eine strafbare Handlung nicht begründen. Deswegen müsse die Frage über das „Schuldig" beide Momente enthalten, und eine Trennung derselben, wie sie durch die Stellung der zweiten Frage geschehen, sei unstatthaft, da die erwähnten unzüchtigen Handlungen nur strafbar sein könnten, wenn dem Thäter das Alter der N. N. bekannt gewesen sei. Könnte man aber auch eine solche Trennung zulassen, so müsse die Frage über die Wissenschaft des Angeklagten doch positiv dahin gestellt werden, ob es demselben bekannt gewesen, daß die Verletzte noch nicht das vierzehnte Jahr erreicht hatte.
2. Sodann erscheine der §. 56. des Str. G. B. und das Gesetz vom 9. März 1853 verletzt, weil hier keine zwei selbstständige Verbrechen vorlägen, sondern es sich nur um fortgesetzte unzüchtige Handlungen an einer und derselben Person handle.

Bei der Verhandlung dieser Beschwerde vor der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen des Ober-Tribunals bestand hinsichtlich des ersten Grundes kein Bedenken darüber, daß, wenn bei der vorliegenden Anklage nach den Umständen des Falles Veranlassung zur Anwei-

Digitized by Google

dung des §. 44. des Str. G. B. vorhanden gewesen, deshalb eine besondere Frage habe gestellt werden müssen. Dagegen waren die Ansichten in Bezug auf die positive oder negative Fassung der Frage verschieden. Die Majorität der Abtheilung entschied sich aber für die erste Alternative, und zwar unter folgender Erwägung:

Zur Strafbarkeit der im §. 144. No. 3. bezeichneten Handlung gehöre wesentlich der Umstand, daß die unzüchtigen Handlungen mit Personen unter 14 Jahren vorgenommen worden. Der Vorsatz, die böse Absicht, welche zum Begriffe des Verbrechens gehört, könne daher bei dem Thäter nur dann unterstellt werden, wenn ihm das Alter der mißhandelten Person bekannt gewesen. Ohne diese Kenntniß sei nicht anzunehmen, daß er das fragliche Verbrechen zu begehen beabsichtigt habe. Daher müsse die Frage positiv darauf gerichtet sein: daß ihm das Alter unter 14 Jahren bekannt gewesen.

Da diese Ansicht der Majorität der Abtheilung mit der oben gedachten Entscheidung vom 4. November 1853 wider E. in Conflikt trat, so wurde die Sache zur Entscheidung in Pleno des Senats für Strafsachen verwiesen.

Hier wurde zur Unterstützung des von der einen Seite geltend gemachten Princips, daß nämlich dem Angeklagten die Wissenschaft desjenigen Umstandes, welcher den Thatbestand des Verbrechens entweder allein bildet, oder ihn doch qualificirt, bewiesen werden müsse, hauptsächlich ausgeführt, daß das Fundament jeder Anklage der Nachweis der einzelnen Erfordernisse des Thatbestandes sei, daß eine Präsumtion des dolus nicht existire, daß eben deshalb, weil zum Thatbestande auch der dolus gehöre, dieser aber sowohl das Wollen als das davon untrennbare Wissen enthalte, dem Thäter der Beweis der Wissenschaft jenes Umstandes ge-

Digitized by Google

führt werden müsse; — daß ferner der Criminal-Prozeß die Exceptionen des Civil-Prozesses, also auch deren Beweislast nicht kenne, daß vielmehr im Criminal-Prozesse die Exception des Angeklagten in der That immer nur ein Verneinen der Anklage, ein Leugnen der Anschuldigung, sei es ganz oder zum Theil, sei; daß die Behauptung des Nichtwissens jenes Umstandes daher nur ein Leugnen des Wissens enthalte, mithin sowohl darthue, daß dieses Wissen Theil des Thatbestandes sein müsse, weil sonst ein Leugnen desselben nicht Gegenstand der Beweisfrage sein könne, als auch, daß, wie jeder geleugnete Umstand der Anklage, dasselbe dem Angeklagten bewiesen werden müsse.

Außerdem wurde angeführt, daß im Allgemeinen, auch wenn im Prinzip die Nothwendigkeit des Beweises auf Seiten der Anklage angenommen würde, sich doch practisch in der Regel die Sachlage anders gestalten werde, indem theils der Verlauf der That und das ganze Sachverhältniß keinen Zweifel über die Kenntniß Seitens des Angeklagten lassen würde; diese Kenntniß daher in den meisten Fällen gar nicht practisch ein Gegenstand der Behauptung und des Beweises auf Seiten der Anklage sein werde; daß überdies im Schwurgerichtsprozesse die Frage, sowie im gewöhnlichen Prozesse die richterliche Feststellung den Vorsatz und damit auch das Wissen feststelle, und es daher im Schwurprozesse nur alsdann, wenn der Richter besondere Zweifel habe, oder wenn der Angeklagte ausdrücklich darauf antrage, nöthig sein werde, eine besondere Frage über die Kenntniß resp. Unkenntniß zu stellen.

Dagegen wurde indeß Folgendes angeführt: es sei deutlich erkennbar, daß das Gesetz in zahlreichen Fällen, es sei aus einer strengeren Auffassung des besonderen Verbrechens, oder aus Rücksicht auf den besonderen Thatbestand

Digitized by Google

und auf die Natur der verbrecherischen Handlung, jenen Regeln der Doctrin nicht folge. Möge man dies eine Präsumtion des dolus nennen, so sei es doch auch anerkannt, daß keine Gesetzgebung derselben vollständig habe entbehren können. Fälle dieser Art seien also diejenigen, in welchen das Gesetz entweder das Wollen, oder doch das Wissen vermuthe. Zu jenen gehörten z. B. diejenigen, wo die Folgen einer That dem Verbrecher ohne Rücksicht auf seine darauf gar nicht direct gerichtete Absicht dennoch zugerechnet würden, wie bei der schweren Körperverletzung. Zu den Letzteren dagegen gehörten diejenigen, in welchen das Gesetz ausdrücklich nicht fordere, daß der Verbrecher wissentlich gehandelt habe. Es fänden sich nämlich zahlreiche Fälle im Strafgesetz-Buche, in denen gefordert werde, daß „wissentlich" oder „wissend, daß u. s. w." gehandelt worden, während dies in den anderen Fällen nicht geschehen sei. Es lasse sich durchaus nicht annehmen, daß das Gesetz in den ersteren Fällen das als allgemein anerkannte Erforderniß nur der besonderen Deutlichkeit wegen habe hervorheben wollen, während es in den anderen Fällen bloß die stillschweigende Voraussetzung gehabt habe. Vielmehr sei mit größerem Rechte anzunehmen, daß eben diese letzteren Fälle als solche Ausnahmen gelten sollen, in welchen mindestens dem Angeklagten der Einwand und der Beweis des Nichtwissens obliege, wenn man nicht sogar annehmen wollte, daß es auf diesen Einwand gar nicht einmal ankommen solle.

Außerdem wurde auf die Stellung des §. 44. in dem Titel: „Von den Gründen, welche die Strafe ausschließen oder mildern," sowie auf die Entstehungsgeschichte des §. 44. mit der Absicht, durch die gewählte Fassung die Beweislast des Angeklagten anzudeuten, hingewiesen.

Die Majorität des Collegii entschied sich bei der Ab-

Digitized by Google

stimmung für die Nothwendigkeit einer negativen Stellung der Frage an die Geschwornen, weshalb der im Rubrum gedachte Grundsatz angenommen wurde. In der Sache selbst folgte daraus die Zurückweisung der Nichtigkeits-Beschwerde, welche am 12. Juni 1854 aus folgenden Gründen erkannt wurde:

in Erwägung, daß zwar — sowie überhaupt im Strafverfahren, nach richtigen Grundsätzen, sich eine Vermuthung für den verbrecherischen Vorsatz nicht geltend machen läßt, dieser vielmehr gleich jedem anderen wesentlichen Merkmale des Thatbestandes des einzelnen bestimmten Verbrechens oder Vergehens dem Angeklagten zu beweisen ist — als Regel anerkannt werden muß, daß dem Angeklagten die Wissenschaft oder Kenntniß desjenigen Umstandes, welcher den Thatbestand des ihm zur Last gelegten Verbrechens oder Vergehens entweder allein bildet, oder solchen doch besonders qualificirt, bewiesen werden muß;

daß jedoch bei denjenigen strafbaren Handlungen, bei welchen in ihrer Verübung selbst sich auch die Wissenschaft der besonderen Umstände, von welcher die Strafbarkeit abhängt, nach dem ordentlichen Lauf der Dinge erkennbar macht, und bei welchen das Gesetz deshalb dieser Wissenschaft als Erforderniß nicht noch ausdrücklich erwähnt — wie alles dies bei dem im §. 144. No. 3. des Str. G. B. vorgesehenen Verbrechen der Fall ist, — die Behauptung des Angeklagten, daß er dennoch wegen besonderer thatsächlicher Verhältnisse jene Umstände bei Verübung der That nicht gekannt habe, sich als die Geltendmachung eines Strafausschließungsgrundes darstellt, auf welchen die Vorschrift des §. 44. des Str. G. B. zur Anwendung zu bringen ist, worauf denn nach Bewandniß der Sache vom Gericht einzugehen und auf die

deshalb vorliegenden Thatsachen und Umstände zu befinden ist, oder weshalb die erforderlichen Angaben und Beweise vom Angeklagten geltend zu machen sind;

daß diese Ansicht auch in dem eben allegirten §. 44., wie dessen ganze Entstehungsgeschichte unzweifelhaft ergiebt, ihre volle Unterstützung und Rechtfertigung findet;

daß namentlich, wenn der Gesetzgeber bei der Abfassung dieses §. 44. davon ausgegangen wäre, daß bei den obgedachten strafbaren Handlungen die mehrerwähnte Wissenschaft oder Kenntniß dem Angeklagten besonders zu beweisen sei, derselbe nothwendig von dem nicht erfolgten Beweise dieser Wissenschaft oder Kenntniß der Strafloßigkeit, beziehungsweise die mindere Strafbarkeit des Angeklagten hätte abhängig machen müssen, während jener §. 44. ausdrücklich ausspricht, daß dem Angeklagten seine Handlung als Verbrechen oder Vergehen, beziehungsweise der erschwerende Umstand nicht zugerechnet werden soll, wenn ihm zur Zeit der That die seine Strafbarkeit beziehungsweise seine erhöhte Strafbarkeit begründenden Verhältnisse oder Umstände unbekannt gewesen;

daß sich hiernach der §. 144. No. 3. in Verbindung mit §. 44. a. a. O. nur dahin auslegen und zur Anwendung bringen läßt, daß, wenn dem Angeklagten die Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einer Person unter 14 Jahren oder deren Verleitung zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen bewiesen worden, dadurch der Thatbestand des in jenem §. 144. No. 3. mit Strafe bedrohten Verbrechens für vollständig erschöpft zu halten ist, ohne daß es dazu noch besonders des Beweises bedarf, daß der Angeklagte zur Zeit der That von dem Alter der gemißbrauchten Person unter 14 Jahren Wissenschaft oder Kenntniß gehabt; daß dagegen in dem

Digitized by Google

Falle, wo von dem Angeklagten die Nichtwissenschaft oder Nichtkenntniß des Alters der gemißbrauchten Person behauptet wird, oder in solcher Hinsicht Zweifel entstehen, sich auf Grund des §. 44. a. a. O. nur alsdann eine volle Straflosigkeit für den Angeklagten in Anspruch nehmen läßt, wenn zu dessen Gunsten der Beweis erbracht worden, daß ihm zur Zeit der That es unbekannt gewesen, daß die von ihm gemißbrauchte Person damals noch nicht das vierzehnte Lebensjahr erreicht gehabt;

in Erwägung sodann, daß in Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall sich gegen die Art und Weise der Fragestellung an die Geschworenen und insbesondere gegen die Fassung der beiden den Geschworenen zur Beantwortung vorgelegten Fragen nichts zu erinnern findet;

daß die hiergegen von der Vertheidigung beantragten Abänderungen, welche es bezweckten, jene Fragen mit darauf zu richten, daß zur Zeit der That der Angeklagte es gewußt, oder daß es ihm bekannt gewesen, daß die gemißbrauchte Person damals noch nicht das vierzehnte Lebensjahr erreicht gehabt, von dem Schwurgerichtshofe mit Recht abgelehnt worden;

daß vielmehr, da alsdann, wenn dem Angeklagten es unbekannt gewesen wäre, daß die N. N. zu jener Zeit noch nicht das vierzehnte Jahr vollendet gehabt, hieraus zu seinen Gunsten nach dem §. 44. a. a. O. ein Grund zur Ausschließung der im §. 144. No. 3. a. a. O. angedrohten Strafe zu entnehmen gewesen sein würde, es nach dem Art. 80. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 als gerechtfertigt erscheint, daß eine Frage hierüber den Geschworenen besonders zur Beantwortung vorgelegt worden;

daß mithin durch diese besondere Fragestellung, deren Fassung von dem Angeklagten ohne genügenden Grund

Digitized by Google

bemängelt ist, eine Verletzung sowenig des §. 44. als des §. 144. No. 3. Str. G. B. stattgefunden haben kann;

daß durch die Seitens der Geschworenen erfolgte Verneinung jener besonderen zweiten Frage von selbst die Anwendung des §. 44. a. a. O. ausgeschlossen war, und demgemäß bei der durch die Geschworenen ebenfalls mit absoluter Stimmenmehrheit ausgesprochenen Bejahung der ersten und Hauptfrage die Strafbestimmung des §. 144. No. 3. zur vollen Anwendung kommen mußte;

in Erwägung ferner, daß nach der durch die Bejahung jener Hauptfrage von den Geschworenen gegebenen thatsächlichen Feststellung hier zwei, durch zwei, zu verschiedenen Zeiten begangene selbstständige Handlungen, verübte Verbrechen vorliegen, welche, wenn sie auch an einer und derselben Person begangen worden, sich doch nach dieser Feststellung nicht als ein bloßes fortgesetztes Verbrechen auffassen lassen;

daß daher bei der Arbitrirung der gegen den Angeklagten verhängten Strafe eine Verletzung des §. 56. des Str. G. B. durch unrichtige Anwendung desselben nicht stattgefunden hat;

daß aber auch dadurch, daß der Schwurgerichtshof von einer Anwendung der zusätzlichen Bestimmung des Gesetzes vom 9. März 1853 zu jenem §. 56. absehen zu müssen geglaubt hat, die Vorschrift dieses Paragraphen um so weniger verletzt sein kann, als die eben gedachte zusätzliche Bestimmung eine lediglich facultative gefaßte ist, überhaupt aber die Abmessung der erkannten Strafe in einem Falle, wo, wie hier, dieselbe innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafmaaßes erfolgt ist, schon an sich dem Angriffe durch die Nichtigkeits-Beschwerde nicht unterliegt;

Digitized by Google

daß hiernach die von dem Angeklagten in seiner Nichtigkeits-Beschwerde für sich geltend gemachten Milderungsgründe sich überall nicht zu einer weiteren Berücksichtigung als geeignet darstellen.

№ 21.

Bestrafung des frevelhaften Lügens vor Gericht.

Der §. 52. No. 4. und 5. Tit. 23. in Verbindung mit §. 40. Tit. 24. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. enthält Prozeßstrafen, auf welche nur vom Civilrichter zu erkennen ist. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 102.

A. G. O. Thl. I. Tit. 23. §. 52. No. 4. u. 5., Tit. 24. §. 40.

Der Kaufmann K. hat in zwei Fällen Behufs einstweiliger Abwendung der Execution dem Gerichts-Executor Postscheine vorgezeigt, Inhalts deren die zur Execution stehenden Summen an die betreffenden Gläubiger abgeführt waren, während dieselben in den bezüglichen Briefen nicht vollständig enthalten gewesen waren. Die deshalb von der Staats-Anwaltschaft wegen Betruges gegen ihn erhobene Anklage wurde vom Gerichte erster Instanz durch Verfügung zurückgewiesen, und dem Staats-Anwalt die Anstellung einer Anklage auf Grund der §§. 51. 52. Tit. 23. Thl. I. A. G. O. anheim gegeben. Die hiergegen bei dem Appellations-Gerichte zu Frankfurt eingelegte Beschwerde wurde von demselben für unbegründet erachtet. Demzufolge hat der Staats-Anwalt den K. angeklagt: in zwei Fällen der vom Gericht verfügten Execution den Einwand der Zahlung auf Höhe von 53 Thlr. und von 71 Thlr. ohne rechtlichen Grund entgegengesetzt und sich dadurch des frevelhaften Lügens

Digitized by Google

schuldig gemacht zu haben. Der erste Richter hat die vorgedachten Thatsachen und die Absicht des Angeklagten, die Execution abzuwenden, festgestellt und, indem er die Merkmale des Betruges für nicht vorhanden erachtet, ausgeführt, daß K. wissentlich wahrheitswidrig den Einwand, er habe die Gläubiger befriedigt, aufgestellt habe, und nach dem, neben dem Strafgesetz-Buche in Kraft gebliebenen §. 52. No. 4. und 5. Tit. 23. in Verbindung mit §§. 38. 40. Tit. 24. Thl. I. A. G. O. wegen frevelhaften Lügens vor Gericht auf 10 Thlr. Geldbuße, event. eine Woche Gefängniß und Unfähigkeit zur Ableistung ihm vortheilhafter nothwendiger Eide gegen ihn erkannt.

Auf die von ihm ohne Rechtfertigung eingelegte Appellation hat der zweite Richter den Angeklagten des frevelhaften Lügens vor Gericht für nicht schuldig erachtet, ihn daher von Strafe freigesprochen. Er erkennt zwar an, daß die allegirten, das freventliche Lügen und Leugnen vor Gericht mit Strafe bedrohenden Paragraphen der Allg. Gerichts-Ordnung durch das Strafgesetz-Buch nicht außer Anwendung gesetzt seien, führt aber aus, daß die Strafe des frevelhaften Lügens durch vorgängige, im vorliegenden Falle nicht stattgefundene Verwarnung und dadurch bedingt sei, daß die wissentlich aufgestellte unrichtige Thatsache zu einer Instruction geführt habe, die angedrohte Strafe aber auch nur von dem Prozeß-Richter ausgesprochen werden konnte.

Gegen diese Entscheidung legte die Staats-Anwaltschaft die Nichtigkeits-Beschwerde ein, das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abth. I. hat jedoch,

in Erwägung, daß nach den, dem angefochtenen Appellations-Urtel zum Grunde liegenden Feststellungen des Richters erster Instanz der Angeklagte in zwei Fällen die wider ihn wegen Geldsummen zu vollstreckende Execution dadurch

Digitized by Google

abgewendet hat, daß er dem mit der Vollstreckung derselben beauftragten Executor Postscheine, Inhalts deren die Summen an die betreffenden Gläubiger abgesandt worden, vorgezeigt hat, während dieselben in den bezüglichen Briefen nur unvollständig enthalten gewesen waren;

daß der von dem ersten Richter auf diesen Thatbestand zur Anwendung gebrachte §. 40. in fine Tit. 24. in Verbindung mit §. 52. No. 4. u. 5. Tit. 23. Thl. I. Allg. Ger.-Ord. nur vom Prozeß-Richter, nicht aber im Wege eines besonderen Strafverfahrens vom Criminal-Richter zur Anwendung gebracht werden kann, wie sich dies aus ihrer Aufnahme in die Civil-Prozeß-Ordnung, sowie aus der — für ihre rechtliche Natur als Prozeß-Strafen sprechenden — Verbindung ergiebt, in welcher die unter No. 4. und 5. §. 52. Tit. 23. angedrohten Strafen mit den in demselben Paragraphen in den No. 2. und 3. bestimmten, mit dem wissentlichen Aufstellen unwahrer Ansprüche oder Einwendungen verknüpften, rein prozessualischen Nachtheilen, stehen;

daß daher der Appellations-Richter, wenn er die vorbezeichneten Gesetze in der vorliegenden, gegen den Imploraten wegen frevelhaften Lügens vor Gericht nach den Formen der Verordnung vom 3. Januar 1849 und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 eingeleiten Untersuchung nicht zur Anwendung gebracht, sich der ihm in der Nichtigkeits-Beschwerde zur Last gelegten Verletzung derselben nicht schuldig gemacht hat,

für Recht erkannt:

daß die gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Frankfurt vom 16. Mai 1854 eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

Digitized by Google

№ 22.

Inwiefern ein Wechselaccept als Zahlung oder als Novation der Schulden anzusehen sei?

Wechsel, welche von dem Verkäufer über den Kaufpreis an eigene Ordre gezogen, von dem bezogenen Käufer acceptirt, und durch Indossament noch nicht in Umlauf gesetzt sind, vertreten, wenn nicht ein Anderes verabredet worden ist, oder besondere Umstände hinzutreten, an sich weder die Zahlung des Kaufpreises, noch auch begründen sie eine Novation der unterliegenden Verbindlichkeit aus dem Kaufgeschäfte. Präjudiz No. 2537.

A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 28. 450—454.
Allg. Wechsel-Ordnung Art. 23. 82.
Allg. Ger.-Ordnung Thl. I. Tit. 50. §. 306.

Der Kaufmann D. zu Berlin hatte bei dem später in Concurs gerathenen Actienverein der Wilhelmshütte und Papierfabrik zu E. außer anderen Eisenwaaren, auch die in der Klage specificirten im Preise von 727 Thlr. 13 Sgr. 6 Pf. bestellt und gekauft und bei Uebersendung der Facturen, außer zweien, bereits indossirten Wechseln über 189 Thlr. 9 Sgr. und 239 Thlr. 3 Sgr., einen dritten, von dem Actienverein unter dem 22. Juli 1852 gezogenen, nach vier Monaten an eigene Ordre zahlbaren Wechsel über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. acceptirt. Dieser zuletzt gedachte Wechsel ist von dem Actienverein durch Indossament nicht in Umlauf gesetzt worden, und befindet sich zur Zeit noch in dessen Concursmasse. Als die bestellten Eisenwaaren im

Digitized by Google

September 1852 in Berlin anlangten, war bereits durch Verfügung vom 3. August desselben Jahres der Concurs über das Vermögen des Kaufmann D. eröffnet worden. Mittelst Schreibens vom 6. September ej. a. ersuchte der Curator der Concursmasse des Actienvereins den Curator der D.schen Concursmasse, die Eisenwaaren einstweilen zur Disposition seiner Masse liegen zu lassen, und verlangte mittelst Schreibens vom 15. October ej. die Herausgabe derselben an den Kaufmann Sch. zu Berlin, welchem die Waaren inzwischen anderweit verkauft waren. Die Verabfolgung an den Sch. wurde jedoch von dem Curator der D.schen Masse verweigert. Der Curator der Masse des Actienvereins erhob deshalb Klage und beantragte unter Berufung auf §§. 306. u. 308. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. die Verurtheilung der D.schen Concursmasse, in die Extraditon der mit den näher bezeichneten Schiffern verladenen, nach Eröffnung des D.schen Concurses zu Berlin angekommenen Waaren, gegen Abschreibung eines Betrages von 727 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. von dem Seitens des Actienvereins unter dem 22. Juli 1852 ausgestellten, von dem Kaufmann D. acceptirten, am 22. November desselben Jahres fällig gewesenen Wechsel über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. und Berichtigung der bis zum October ej. erwachsenen Fracht, Spesen und Lagerkosten zu willigen.

Der Curator der D.schen Concursmasse wendete ein, daß in Folge der ertheilten Wechselaccepte das Eigenthum der reclamirten Waaren unwiderruflich auf die verklagte Masse übergegangen sei.

Durch das Urtel des Stadtgerichts zu Berlin vom 18. April 1853 wurde auch der klagende Curator mit seinem Klageantrage abgewiesen, wogegen auf dessen Appellation die vierte Abtheilung des Civil-Senats des Kammergerichts mittelst Erkenntnisses vom 4 October 1853 die

Digitized by Google

verklagte D.sche Concursmasse nach dem Klage-Antrage verurtheilte.

Diese Entscheidung ist auf die Revision der Verklagten von dem vierten Senate des Ober-Tribunals durch das Erkenntniß vom 29. Juni 1854 lediglich bestätigt worden aus folgenden

Gründen.

Der Einwand des Verklagten ist in den früheren Instanzen verschieden beurtheilt worden. Der erste Richter nahm an, daß durch Wechselaccepte, wenn auch keine Zahlung, doch eine Novation der dem Wechselzuge unterliegenden Verbindlichkeit bewirkt werde, daß somit Waarenlieferungen, die gegen Wechselaccepte erfolgten, aufhörten, Lieferungen auf Credit im Sinne der §§. 306. u. 308. Tit. 50. Thl. I. der A. G. O. zu sein. Der erste Richter gelangte hiernach zur Abweisung der Klage.

Der zweite Richter erachtete dagegen die Ausstellung eines Wechsels und dessen Accept zur Deckung einer Waarenschuld nicht für eine Novation, sondern für ein, eine besondere und strengere Prozeßform schaffendes Rechtsgeschäft, in der Absicht vorgenommen, die Zahlung der Forderung, wegen welcher der Wechsel ausgestellt worden, nach der Strenge des Wechselrechts zu verlangen und zu leisten, und verurtheilte die verklagte Masse nach dem Klageantrage, weil der, bezüglich der fortbestehenden Waarenforderung acceptirte, Wechsel mit dreimonatlichem Ziel ausgestellt worden sei, und danach eine Waarenlieferung auf Credit stattgefunden habe.

Der Ausführung des Appellations-Richters ist im Wesentlichen beizupflichten. Nach §. 306. Tit. 50. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. sollen Waaren, welche der Gemeinschuldner vor eröffnetem Concurse auf Credit bestellt hat, und welche erst nach eröffnetem Concurse angekommen sind,

Digitized by Google

nicht für Eigenthum des Gemeinschuldners oder der Masse angesehen werden, wenn auch das Connossement schon vorher eingegangen wäre; dieselben bleiben vielmehr zur Disposition des Absenders, welcher deshalb auch keine weiteren Ansprüche, selbst nicht wegen Schäden und Kosten, an die Masse machen kann. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen hier an sich vor; es steht fest, daß der Cridar D. die reclamirten Eisenwaaren vor ausgebrochenem Concurse bestellt hat, und daß sie erst nach eröffnetem Concurse in Berlin angekommen sind; es ist von dem Curator der verklagten Masse selbst nicht behauptet, daß gegen baare Zahlung gehandelt und gekauft worden sei, und ebenso ist es unstreitig, daß die über die Waarenschuld von dem Actienverein ausgestellten Wechsel auf vier Monat gezogen, und so auch von dem D. acceptirt worden sind, wie denn auch von dem Curator der verklagten Masse nicht in Abrede gestellt ist, daß in dem geschäftlichen Verkehr des D. zu dem Actienvereine ein drei bis viermonatlicher Credit gewöhnlich gewesen ist. Nach der Angabe des klagenden Curators sind zwar die reclamirten Eisenwaaren inzwischen an den Kaufmann S. verkauft worden; nach Lage der Sache ist aber eine Uebergabe an den Letzteren noch nicht erfolgt, und auch von dem Curator der verklagten Masse die Legitimation der klagenden Masse nirgends bemängelt worden. Es fragt sich jedoch, ob die an sich begründete Reclamations-Befugniß dadurch ausgeschlossen wird, daß von dem Actienvereine über den Betrag der Waarenschuld ein Wechsel an eigene Ordre auf den D. gezogen, von dem Letzteren acceptirt und dieser so acceptirte Wechsel von dem Actienvereine angenommen und bis jetzt behalten ist, ohne von der Befugniß Gebrauch zu machen, denselben durch Indossament in Umlauf zu setzen. Diese Frage ist für die Ent-

Digitized by Google

scheidung der Sache von wesentlicher Erheblichkeit; denn es leuchtet ein, daß, wenn die Forderung aus dem Kaufgeschäfte, des Wechsels ungeachtet, unverändert fortbesteht, und der Wechsel nur als ein accessorisches Sicherungs- und Bestärkungsmittel der civilen Verbindlichkeit aufgefaßt wird, die verkauften Waaren, des Wechsels ungeachtet, vor wie nach als auf Credit gegeben, anzusehen sind, und nach dem §. 306. a. a. O. zurückgefordert werden können, während das Rückforderungsrecht wegfallen muß und nur eine Liquidation der Wechselforderung als solcher zum Concurse eintreten kann, wenn die Forderung aus dem Kaufvertrage durch das Geben und Nehmen des Wechsels für getilgt oder novirt erachtet wird. Wäre der Wechsel schlechthin dem Papiergelde gleichzustellen, so würde sich eine allgemeine, überall zutreffende Antwort auf die Frage, ob das Wechselgeben oder Wechselnehmen Zahlung ist, von selbst ergeben. Eine solche Auffassung des Wechsels ist indeß nirgends sanctionirt und in der Wechsel-Ordnung nicht vorwaltend. Um zu einer entsprechenden Beantwortung der aufgeworfenen Frage zu gelangen, ist zunächst in Betracht zu ziehen, ob ein Abkommen dahin, daß der Wechselzug und das Accept die Wirkung der Zahlung oder der Novation, überhaupt die Wirkung der Tilgung der dem Wechsel unterliegenden Verbindlichkeit, haben soll, erkennbar gemacht ist? Sodann wird, wenn dies nicht der Fall ist, je nach den verschiedenen Arten der Wechsel darauf zu sehen sein, bis zu welchem Stadio des Umlaufes das Wechselpapier gelangt ist, und welche sonstigen Umstände bei dem Geben und Nehmen des Wechsels vorgewaltet haben? Von dieser Grundlage ist in der bisherigen Rechtsprechung unverändert ausgegangen worden.

Weder die vorgelegte Correspondenz, noch die Behaup-

Digitized by Google

tungen der Parteien haben im vorliegenden Falle ein besonderes, auf die Tilgung der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage durch das Wechsel-Accept des D. gerichtetes Abkommen erkennbar gemacht. Ebensowenig sind besondere Umstände, wie etwa Ertheilung einer Quittung über die Waarenschuld, als solche Seitens des Verkäufers behauptet. Es ist daher der Wechsel vom 22. Juli 1852 über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf., wie er jetzt liegt, allein in Betracht zu ziehen, und dabei als wesentlich festzuhalten, daß er von dem Verkäufer an eigene Ordre gezogen, von dem Käufer acceptirt, von dem Verkäufer jedoch noch nicht weiter begeben ist.

Wird dies in das Auge gefaßt, so ist so viel richtig, daß die klagende Masse bei noch nicht erfolgter Begebung und Versilberung des Wechsels eine Zahlung auf die unterliegende Waarenschuld noch nicht erhalten hat. Es ist aber auch durch den Wechsel in dem Stadio, in welchem er sich noch jetzt befindet, eine Novation des unterliegenden civilrechtlichen Verhältnisses nicht bewirkt. Richtig ist es zwar, daß der Bezogene nach Artikel 23. der Wechsel-Ordnung auch dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig haftet, dies schließt aber an sich den Fortbestand der civilrechtlichen Obligation neben der wechselmäßigen Verhaftung noch nicht aus; entschieden gegen den Vorgang einer Novation spricht der Art. 82. der Wechsel-Ordnung, nach welchem sich der Wechselschuldner unter Anderem auch solcher Einreden bedienen kann, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Ist danach der verklagte Käufer, seines Wechselaccepts ungeachtet, befugt, dem aus dem Accepte klagenden Verkäufer gegenüber auf das dem Wechselzuge unterliegende Kaufgeschäft zurückzugehen und sich gegen den Wechselanspruch mit den aus dem Kaufge-

Digitized by Google

schäfte entnommenen Einreden zu schützen, so kann zwischen diesen beiden Personen eine, die civilrechtliche Obligation aus dem Kaufgeschäfte aufhebende und tilgende Novation durch den Wechselzug nicht vorgegangen sein; es muß vielmehr die Fortdauer der ursprünglichen Verbindlichkeit neben der Verbindlichkeit aus dem Accepte angenommen werden, woraus sich denn weiter ergiebt, daß in einem solchen Falle der noch nicht weiter begebene Wechsel für das unmittelbare Verhältniß des Verkäufers und Käufers die Bedeutung erhält, welche der Appellations-Richter ihm beigelegt hat.

Mit Unrecht hat sich der Curator der verklagten Masse auf eine in dem Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Ober-Tribunals Bd. 4. S. 67. veröffentlichte Entscheidung vom 28. Oktober 1851 berufen. In dem dieser Entscheidung unterliegenden Falle hatte der Verkäufer dem Käufer Quittung ertheilt, und durch diese anerkannt, daß der Käufer durch die Ausstellung des Wechsels den Kaufvertrag vollständig erfüllt habe. Wesentlich mit Rücksicht auf diese Voraussetzung wurde angenommen, daß durch die Ausstellung und Annahme des Wechsels die ursprüngliche Kaufgelderforderung aufgehoben worden sei, und eine Novation stattgefunden habe. In dem vorliegenden Falle aber liegt diese Voraussetzung nicht vor; es ist von keinem Theile behauptet, daß dem D. bei Ertheilung des Accepts Quittung über das Kaufgeld für die gelieferten Eisenwaaren ausgestellt worden sei, und auch sonstige Umstände nicht erfindlich, aus welchen eine Entlassung desselben aus der aus dem Kaufgeschäfte originirenden Verbindlichkeit entnommen werden könnte.

Wie sich das rechtliche Verhältniß alsdann stellt, wenn sich in einem derartigen Wechsel nicht der Verkäufer, sondern eine dritte Person als Remittent darstellt, oder wenn

Digitized by Google

der Ausſteller den an eigene Ordre gezogenen Wechſel weiter begeben hat, ſteht hier wegen Verſchiedenheit der Sachlage nicht zur Erörterung. Der Einwand des Curators der verklagten D.'ſchen Concursmaſſe iſt hiernach unbegründet und die Reklamation der näher ſpecificirten Eiſenwaaren Seitens der Curators der klagenden Maſſe an ſich gerechtfertigt.

Wenn der Curator der verklagten Maſſe bezüglich der von dem Appellations-Richter ausgeſprochenen Verurtheilung nach dem Klageantrage, gegen Abſchreibung des Preiſes der reclamirten Eiſenwaaren im Betrage von 720 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. auf dem Wechſel vom 22. Juli 1852 über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. noch erinnert, daß die Verurtheilung nur gegen Rückgabe der Wechſel überhaupt, insbeſondere der beiden Wechſel über 187 Thlr. 9 Sgr. und 239 Thlr. 3 Sgr., oder gegen Entbindung der verklagten Maſſe wegen aller Wechſelverbindlichkeiten erfolgen könne, ſo erſcheint auch dies Monitum hinfällig. Außer den reklamirten Eiſenwaaren ſind dem Gemeinſchuldner D. noch andere geliefert; über die ſämmtlichen Lieferungen verhalten ſich die beigebrachten Facturen. Bei Einſendung dieſer letzteren ſind die drei von dem Actienverein gezogenen Wechſel von dem Cridar acceptirt; zwei davon ſind in Umlauf geſetzt, und von den Indoſſataren zur Concursmaſſe des Aktienvereins liquidirt worden. Wenn auch der Curator der verklagten Maſſe nachgewieſen hat, daß die reklamirten Eiſenwaaren mit einzelnen in den verſchiedenen Facturen aufgeführten Poſten identiſch ſind, ſo hat er doch nicht zu behaupten vermocht, daß jene beiden Wechſel über 187 Thlr. 9 Sgr. und 239 Thlr. 3 Sgr. ſich lediglich und ausſchließlich auf die reklamirten Waaren beziehen; ſie ſtehen danach mit dieſen in keiner Beziehung. Die Abſchreibung des Preiſes der reklamirten Eiſenwaaren auf dem Wechſel vom 22. Juli 1852

Digitized by Google

über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. aber sichert die verklagte Masse vollständig. Einer Rückgabe dieses Wechsels steht insbesondere entgegen, daß sein Betrag den Betrag des Kaufpreises der reclamirten Waaren übersteigt. Der Curator der verklagten Masse hat zwar noch behauptet, daß dieselbe mehrere Posten derjenigen Faktura, mit welcher dem D. der Wechsel über 907 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. zum Accept eingesandt worden, nicht erhalten habe; daraus folgt aber nicht, daß die Masse diejenigen Waaren, welche sie nach ihrem Zugeständnisse wirklich erhalten hat, nur gegen Rückgabe des Wechsels zurückzuliefern verpflichtet sei.

Die Appellations-Entscheidung muß hiernach durchgehends bestätigt werden.

№ 23.

Aufgebot der Realprätendenten bei einer Subhastation.

1. Ist im Falle des §. 7. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß das vorgeschriebene Aufgebot der Realprätendenten unterblieben, oder — was gleich ist — ist dasselbe ohne Beifügung der gesetzlichen Verwarnung und in einer Art erfolgt, daß der Zweck desselben, die Präclusion der unbekannten Realprätendenten nicht erreicht worden: so fällt dem adjudicirenden Richter, welcher dieses Mangels ungeachtet den Zuschlag ertheilt hat, ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß zur Last.

Digitized by Google

2. Auch die Mitbesitzer des subhastirten Grundstücks sind befugt, diesen Verstoß zu rügen.

Verordnung über den Subhastations- u. Kaufgelder-Liquidations-Prozeß v. 4. März 1834 (Ges.-Samml. S. 39.). §. 7.

Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeits-Beschwerde vom 14. December 1833 (Ges.-Samml. S. 302.). §. 4.

Das Grundstück No. 51. zu T. ist wegen einer rechtskräftigen Forderung der Geschwister K. gegen die Erben der verwittweten Oberförster O. zur nothwendigen Subhastation gestellt worden. Der Besitztitel ist auf die verehelichte, resp. verwittwete Oberförster O. berichtigt und es sind in dem Subhastations-Patente auch die unbekannten Realprätendenten vorgeladen worden, jedoch ohne Beifügung einer Verwarnung. In dem Licitationstermine blieb der Gerichtsschulze Z. Meistbietender und diesem resp. seinem Cessionar, dem Kutscher K., ist auch mittelst Adjudications-Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Glogau vom 31. Januar 1854 der Zuschlag ertheilt worden. Eine Präclusion der unbekannten Realprätendenten wurde nicht ausgesprochen, weil, wie es in den Gründen heißt, das Präjudiz der Präclusion weggelassen sei, dasselbe also auch nicht realisirt werden könne.

Gegen diesen Zuschlag haben die Geschwister O., Miterben der eingetragenen Besitzerin, verwittweten Oberförster O., die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. Sie rügen als Verabsäumung einer wesentlichen Förmlichkeit und zugleich als rechtsgrundsätzlichen Verstoß, das unterbliebene vorschriftsmäßige Aufgebot der Realprätendenten und behaupten eine Verletzung des §. 7. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834. Unterm 7. Juli 1854 hat der dritte Senat des

Digitized by Google

Ober-Tribunals diese Beschwerde für begründet erachtet und das angefochtene Adjudications-Erkenntniß vernichtet und zwar aus nachstehenden

Gründen.

Mit Recht rügen die Imploranten eine Verletzung des §. 7. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834. Nach denselben muß, wenn der Besitztitel für den Schuldner nicht berichtigt ist, mit der Subhastation jedesmal das Aufgebot der Realprätendenten verbunden werden. Dieses gilt auch, wenn der Besitztitel auf den Erblasser der Extrahenten der Subhastation eingetragen ist, und letztere als Erben sich legitimirt haben, ohne daß jedoch der Besitztitel auf sie berichtigt ist. — (Vergl. No. 17. der Zusammenstellung der Grundsätze über das Subhastations-Verfahren, Justiz-Minist. Bl. 1853. S. 165.)

In dem vorliegenden Falle ist die Subhastation zwar nicht auf den Antrag der Erben des eingetragenen Besitzers Behufs der Auseinandersetzung, sondern auf den Antrag von Gläubigern eingeleitet worden, allein gerade in einem solchen Falle erscheint das Aufgebot der Realprätendenten vorzugsweise nothwendig, weil durch dasselbe die fehlende Berichtigung des Besitztitels ersetzt und festgestellt werden soll, daß diejenigen, gegen welche im Wege der Execution der Verkauf des Grundstücks veranlaßt ist, auch wirklich die Eigenthümer desselben sind. Hierzu kommt, daß die Wittwe D., auf deren Namen der Besitztitel eingetragen steht, bereits im Jahre 1832 verstorben ist und daß seit dieser Zeit viele Veränderungen in den Besitzverhältnissen vorgegangen sein können. Das Aufgebot der unbekannten Realprätendenten war also erforderlich. Man muß aber den Imploranten auch darin beistimmen, daß dasselbe im vor-

Digitized by Google

liegenden Falle nicht vorschriftsmäßig stattgefunden habe. — Denn eines Theils ist bei öffentlichen Aufgeboten unbekannter Interessenten der Natur der Sache nach die Beifügung der Verwarnung etwas Wesentliches, indem dadurch die Vorgeladenen auf den ihnen bei Nichtbeachtung des Aufgebots entstehenden Nachtheil aufmerksam gemacht werden, andern Theils ist auch im vorliegenden Falle der Zweck des Aufgebots nicht erreicht worden, weil wegen der unterbliebenen Beifügung der Verwarnung eine Präclusion nicht stattgefunden hat. Gerade hierin liegt aber ein wesentlicher Mangel des ganzen Subhastationsverfahrens. Der §. 7. der Verordnung vom 4. März 1834 giebt die Bedingungen an, unter denen die Subhastation eines Grundstücks, dessen Besitztitel für den Schuldner noch nicht berichtigt ist, gestattet sein soll. Es muß zugleich das Aufgebot der Realprätendenten veranlaßt und dadurch der Mangel der nicht erfolgten Berichtigung des Besitztitels ergänzt werden. Wer von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Besitzer ein Grundstück erworben hat, dessen Recht kann von dem nicht eingetragenen Eigenthümer nicht angefochten werden. (§. 8. Thl. I. Tit. 10. A. L. R.)

Ist daher der Besitztitel eines zur Subhastation gestellten Grundstücks für den Schuldner berichtigt, so kann dem Ersteher des Grundstücks auch der im §. 93. Tit. 2. der Hypotheken-Ordnung und im §. 42. Thl. I. Tit. 15. des A. L. R. ausgesprochene besondere Schutz zu Theil werden, wonach dergleichen Ersteher in der Regel vor jeder Vindication sicher sind. In Fällen dagegen, in denen der Besitztitel auf den Namen des Schuldners nicht berichtigt ist, muß wesentlich das Aufgebot und die Präclusion der unbekannten Realprätendenten hinzutreten, um dem ganzen Verfahren eine sichere Grundlage und dem Ersteher die

Digitized by Google

stehend erwähnte Sicherheit gewähren zu können. Es fehlt also, wenn das Aufgebot nicht erfolgt, oder — was gleich ist — wenn dasselbe in einer Art erfolgt ist, daß der Zweck desselben, die Präclusion der unbekannten Realprätendenten, nicht erreicht worden, an einer im Gesetz ausdrücklich vorgeschriebenen Bedingung der Subhastation, und hat desungeachtet der Richter den Zuschlag ertheilt, so hat er sich nicht über einen formellen Mangel weggesetzt, sondern er hat die rechtsgrundsätzlichen Bedingungen der Zulässigkeit des öffentlichen Verkaufs eines Grundstücks verkannt, mithin rechtsgrundsätzlich gefehlt.

Es fragt sich indessen, ob die Imploranten befugt sind, diesen Verstoß zu rügen, ob sie als die beeinträchtigte Partei anzusehen, welcher nach §. 4. der Verordnung vom 14. December 1833 das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde zusteht. In dieser Beziehung ist zuvörderst klar, daß die Imploranten nicht, wie sie im fernren Verlauf ihrer Beschwerde thun, behaupten können, es sei eine Nichtigkeit nach §. 5. No. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 vorhanden, denn sie sind speciell vorgeladen, auch zwei von ihnen im Licitationstermine wirklich erschienen. Dagegen muß anerkannt werden, daß die Imploranten als Mitbesitzer des Grundstücks bei dem vorgeschriebenen Aufgebot interessirt und durch die unterbliebene Präclusion der Realprätendenten beeinträchtigt sind. Dies folgt schon aus dem Präjudiz No. 2380. und dem Erkenntnisse Band 23. S. 409. u. ff. der Entscheidungen, worin ausgeführt ist, daß das in Rede stehende Aufgebot als auf Instanz und zu Gunsten der Subhastations-Interessenten, insbesondere des dermaligen Besitzers des Grundstücks, erlassen zu betrachten sei. Auch leuchtet ein, daß der Besitzer, welcher sich dem öffentlichen Verkauf seines Grundstücks Schulden halber

Digitized by Google

gefallen lassen muß, wesentlich dabei interessirt ist, daß damit wenigstens der Zweck des Verkaufs, die Befriedigung seiner Gläubiger erreicht und nicht das Grundstück oder das Kaufgeld nachher von unbekannten Realprätendenten in Anspruch genommen und so für ihn die Nothwendigkeit herbeigeführt werde, seine Gläubiger anderweit zu befriedigen.

Hiernach mußte das Adjudications-Erkenntniß vernichtet werden.

In der Sache selbst bedarf es zuvörderst der Anberaumung eines neuen Licitationstermins mit vorschriftsmäßigem Aufgebot der Realprätendenten, also auch unter Verfügung der gesetzlichen Verwarnung.

№ 24.

Recht des Pupillarsubstituten.

Ein Pupillarsubstitut gehört nicht zu den Interessenten der Subhastation, welche die Bestellung einer Bietungs-Caution zu verlangen berechtigt sind, auch wenn sein Recht aus der Pupillarsubstitution auf dem zur Subhastation gestellten Grundstücke eingetragen worden ist.

Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834 (Ges.-Samml. S. 39.). §§. 9. und 11.

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 521 ff. 554. Thl. I. Tit. 2. §§. 124. 126. 135. und 136.

Der im Jahre 1851 verstorbene Particulier Julius R. hat in seinem Testament seine Ehefrau Emilie, geborene R.,

Digitized by Google

jetzt wieder verehelichte von der H., und seine beiden Kinder Albrecht Julius Adolph und Henriette Rosine Selma zu Erben eingesetzt. Zugleich hat derselbe bestimmt, daß, wenn eines der beiden Kinder vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre versterben sollte, ihm das andere in das von ihm Ererbte, vorbehaltlich des der Mutter gebührenden Pflichttheils, und falls beide vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre sterben würden, ihnen in das von ihm Ererbte sein Bruder Adolph R. oder dessen alsdann noch lebende Kinder substituirt sein sollen. Die vorstehend genannte Tochter ist noch vor dem Tode des Vaters gestorben. Der Besitztitel von dem zum Nachlaß gehörigen Grundstücke No. 131. zu R. ist für die Wittwe, jetzt wieder verehelichte v. d. H., und den Sohn Adolph Albrecht Julius R. eingetragen, zugleich aber auf diesem Grundstücke sub Rubr. II. vermerkt worden:

Der Vorbesitzer Julius R. hat in seinem am 16. August 1851 eröffneten Testamente seinem Sohn Adolph Albrecht Julius R., geboren den 28. Mai 1848, für den Fall, daß derselbe vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre sterben sollte, in das von ihm Ererbte seinen Bruder, den Particulier Adolph R. zu B., oder falls dieser alsdann ebenfalls gestorben sein sollte, dessen noch lebende Kinder zu gleichen Theilen substituirt, jedoch mit Vorbehalt des seiner Ehefrau Emilie, geborenen R., gesetzlich gebührenden Pflichtheils.

Das gedachte, auf 19,605 Thlr. 21 Sgr. $1^1/_2$ Pf. abgeschätzte Grundstück ist auf den Antrag der Beneficialerben des Julius R. mit voller Wirkung zur nothwendigen Subhastation gestellt worden. Der Vormund des minderjährigen Adolph Albrecht Julius R. ist sein Onkel Adolph R., derselbe, für welchen der vorstehende Vermerk eingetragen worden; wegen der möglicher Weise eintretenden Colli-

Digitized by Google

sion zwischen dem Interesse des Vormundes und dem seines Mündels wurde dem letztern jedoch ein Special-Curator bestellt. Im Bietungstermin trat sowohl die Wittwe, wiederverehelichte v. d. H., als auch der Adolph R. als Bieter auf. Letzterer stellte auf Verlangen der v. d. H.schen Eheleute eine Bietungscaution theils baar, theils in Staatsschuldscheinen. Die Frau v. d. H. legte dagegen eine bei den Grundacten von No. 131. zu N. aufgenommene Cautionsacte vor und wurde Seitens der anderen Interessenten von ihr eine weitere Cautionsbestellung nicht verlangt. Nachdem sie aber 12,000 Thlr. und der Adolph R. 12,100 Thlr. geboten hatte, erklärte dieser:

er wolle die Frau v. d. H. nur dann zum Weiterbieten verstatten, wenn dieselbe sofort eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Bietungscaution bestelle. Als eine solche könne und wolle er die bei den Grundacten am Tage der Licitation aufgenommene Cautionsacte nicht erachten und verlange, daß darüber entschieden werde, ob diese Art von Cautionsbestellung genüge.

Zur näheren Motwirung seines Widerspruchs aufgefordert, erklärte er, daß ihm die Caution mit dem Miteigenthume unzulässig erscheine. Die Frau v. d. H. erkannte den erhobenen Widerspruch nicht für begründet an und bot 12,150 Thlr., worauf ein weiteres Mehrgebot nicht erfolgte. Der Special-Curator des minorennen R. protestirte gegen Ertheilung des Zuschlags und verlangte Fortsetzung der Subhastation, vermochte aber eine Caution pro quanto minori nicht zu bestellen. Ein anwesender Gläubiger hatte gegen den Zuschlag an den berechtigten Ersteher nichts zu erinnern und die vorstehend genannten beiden Bieter beantragten, zu entscheiden, wem von ihnen der Zuschlag zu ertheilen sei.

Am 17. Mai 1854 ertheilte das Kreisgericht zu Breslau

Digitized by Google

dem Particulier Adolph R. den Zuschlag für das Gebot von 12,100 Thlr. In den Gründen seiner Entscheidung beschäftigt sich der adjudicirende Richter zuvörderst mit Erörterung der Frage, ob der Particulier Adolph R. zu den Interessenten der Subhastation zu rechnen sei, denen nach §. 11. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834 das Recht zusteht, von den Bietern die Bestellung einer Caution zu verlangen. Er bejaht diese Frage und führt dieses in nachstehender Art aus:

„Im §. 9. a. a. O. werden als Subhastations-Interessenten der Extrahent der Subhastation, der Schuldner und die aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Realinteressenten und Vorkaufsberechtigten aufgeführt. Da R. weder den Extrahenten der Subhastation oder den Vorkaufsberechtigten beigezählt werden kann, auch nicht der Schuldner ist, so frägt es sich lediglich, ob er unter die Realinteressenten gehört?

Es steht nun für ihn im Hypothekenbuche lediglich der oben angegebene, von Amtswegen Rubr. II. No. 4. eingetragene Vermerk intabulirt, welcher seine Rechte aus der erwähnten Pupillarsubstitution sichert. Diese gewährt an sich nur ein persönliches, im §. 124. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. näher bezeichnetes Recht, welches zugleich bedingt ist, indem die Pupillarsubstitution ihre Kraft verliert, sobald das Kind, für welches sie errichtet worden, die Jahre der Unmündigkeit zurückgelegt hat (§§. 540. 541. Thl. II. Tit. 2. in Verbindung mit §. 46. Thl. I. Tit. 3. A. L. R.), oder der Substitut vor dem Kinde verstirbt (§. 543. Thl. II. Tit. 2. A. L. R.). Der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte muß aber nach §. 102. Thl. I. Tit. 4. A. L. R., ehe er das Recht ausüben kann, die Wirklichkeit des Ereignisses abwarten.

Digitized by Google

Auch verordnet §. 554. Thl. II. Tit. 2. A. L. R., daß der Pupillarsubstitut in keinem Falle die über das Vermögen des Kindes unter Lebendigen zu treffenden Verfügungen hindern könne. Muß man ihn hiernach einem bedingten Erben gleichstellen, welcher erst mit dem Eintritt der Bedingung Eigenthümer der Erbschaft wird (§§. 483—485. Thl. I. Tit. 12. A. L. R.), so besteht pendente conditione zwischen ihm und demjenigen, welcher die Erbschaft beim Eintritt der Bedingung herausgeben muß, eben das Verhältniß, wie zwischen einem eingesetzten und fideicommissarisch nachgesetzten Erben (vergl. §§. 478—482. 489. Thl. I. Tit. 12. A. L. R.). Der heres fiduciarius erwirbt allein und zwar das volle Eigenthum der Erbschaft, so daß auf sein Verhältniß zum fideicommissarischen Erben §. 18. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. nicht anwendbar erscheint. Vergl. §§. 466. 467. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. und Entsch. Bd. 26. S. 17. Allein wenn auch an sich dem Pupillarsubstituten nur ein persönliches Recht zusteht, so kann es doch durch die in der Hypotheken-Ordnung Tit. I. §. 50. Tit. II. §§. 79. und 80. vorgeschriebene Eintragung im Hypothekenbuche auch eine Wirksamkeit gegen dritte Erwerber des Grundstücks erlangen und somit die Natur eines dinglichen Rechts annehmen, vergl. §§. 125. und 126. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. Eine solche Eintragung ist im vorliegenden Falle erfolgt und muß demnach der Berechtigte R. den Realinteressenten beigezählt werden.

Hierauf wird ausgeführt, daß die von der verehelichten v. d. H. bestellte Caution den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche und daß daher ihr Gebot von 12,150 Thlr. unberücksichtigt bleiben müsse.

Digitized by Google

Gegen das Zuschlagserkenntniß hat die Frau v. d. H. noch die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt mit dem Antrage: das Adjudications-Urtel zu vernichten und in der Sache selbst ihr das Grundstück zuzuschlagen.

Sie rügt unter Anderm eine unrichtige Anwendung der §§. 125. und 126. Thl. I. Tit. 2. A. L. R., eine Verletzung der §§. 521. 540. ff. 554. Thl. II. Tit. 2. und §. 467. Thl. I. Tit. 12. A. L. R., sowie des Rechtsgrundsatzes: daß das Recht des Pupillarsubstituten auf dereinstige mögliche Ausantwortung dessen, was der erste Erbe durch die Erbeinsetzung erworben hat, nur ein persönliches ist; ferner eine Verletzung der §§. 135. und 136. Thl. I. Tit. 2. A. L. R.

Am 7. resp. 14. Juli 1854 hat der dritte Senat des Ober-Tribunals das Adjudications-Erkenntniß vernichtet und in der Sache selbst der Implorantin den Zuschlag ertheilt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der erste Richter führt selbst aus, daß dem Particulier R. aus der Pupillarsubstitution an sich nur ein persönliches Recht zustehe, ist aber der Meinung, daß dieses Recht durch die erfolgte Eintragung einen dinglichen Charakter erlangt habe, wobei er annimmt, daß dasselbe Rechtsverhältniß vorliege, wie zwischen einem eingesetzten und einem fideicommissarisch nachgesetzten Erben. Dieses Letztere kann nicht für richtig anerkannt werden. Denn bei der fideicommissarischen Substitution erlangt der Fiduciär nur ein beschränktes Eigenthumsrecht, vermöge dessen er verpflichtet ist, das von dem Erblasser Empfangene in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der Uebernehmung befunden hat, dem Substituten herauszugeben, — §. 467. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. — woraus folgt, daß, wenn

Digitized by Google

nicht etwa eine fideicommissarische Substitution in id, quod supererit vorliegt, der Fiduciar zu eigenmächtigen Dispositionen über die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände nicht befugt ist, wogegen nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 554. a. a. O. die Pupillarsubstitution in keinem Falle die über das Vermögen des Kindes unter Lebendigen zu treffenden Verfügungen, sobald das Beste des Kindes dergleichen erfordert, hindern soll. Unter dieser Voraussetzung können daher auch die zum Vermögen des Kindes gehörigen Grundstücke veräußert werden, ohne daß dem Pupillarsubstituten ein Widerspruchsrecht zusteht. Geschieht dieses, so scheiden die veräußerten Grundstücke aus dem mit der Pupillarsubstitution belasteten Nachlasse gänzlich aus und es ergiebt sich hieraus zugleich, daß dem Pupillarsubstituten gar kein die zum Nachlasse gehörenden Grundstücke unmittelbar und ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers berührendes Recht zusteht. Den Gegenstand seines Rechts bildet das vom Vater Ererbte und zwar so, wie dasselbe zur Zeit des Eintritts der Substitution mit Rücksicht auf die den Vertretern des Kindes gesetzlich gestattete Dispositionsbefugniß beschaffen ist.

Einen Anspruch auf ein zum Nachlaß des Vaters gehöriges Grundstück, resp. ein dieses Grundstück unmittelbar betreffendes Recht zur Sache — vergl. §. 124. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. — erlangt er erst dann, wenn der Substitutionsfall eintritt und das Grundstück alsdann noch zu dem Vermögen gehört, in welches er substituirt ist. Es kann dahin gestellt bleiben, welche Bedeutung überhaupt der erfolgten Eintragung des Rechts des Particulier R. aus der Pupillarsubstitution beizulegen ist; so viel ist jedenfalls klar, daß dadurch die Natur des Rechts hinsichtlich des Gegenstandes, worauf sich dasselbe bezieht, nicht geändert wird.

Digitized by Google

Rechte zur Sache, wie sie der §. 124. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. bezeichnet, erlangen durch die Eintragung die Natur von dinglichen Rechten auf die Sache, §§. 126. 135. und 136. Thl. I. Tit. 2. und §. 8. Thl. I. Tit. 20. A. L. R., dieses setzt aber immer voraus, daß das persönliche Recht, welches durch die Eintragung den Charakter der Dinglichkeit erlangen soll, sich auf eine bestimmte Sache bezogen, dieselbe zum Gegenstande gehabt hat. Hält man diese Grundsätze fest, so kann man den Particulier R. auf Grund des für ihn eingetragenen Vermerks aus der Pupillarsubstitution nicht unter die Realinteressenten des subhastirten Grundstücks rechnen. Realinteressent eines Grundstücks ist nur derjenige, der ein gegen das Grundstück unmittelbar und ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers gerichtetes Recht besitzt, vergl. §. 126. Thl. I. Tit. 2. A. L. R., ein solches steht aber nach der vorstehenden Ausführung dem R. aus der Pupillarsubstitution nicht zu, er kann mithin auch nach §. 9. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Proceß vom 4. März 1834 nicht zu den Interessenten der Subhastation gerechnet werden. Die vorstehenden, aus der rechtlichen Natur der Pupillarsubstitution entwickelten Grundsätze hat der erste Richter verletzt, indem er den Particulier R. unter diejenigen Realinteressenten rechnet, welchen das Gesetz die Befugniß beilegt, von den Bietern die Bestellung einer Caution zu verlangen. Das Adjudications-Erkenntniß mußte daher vernichtet werden.

In der Sache selbst folgt aus vorstehender Ausführung, daß der Zuschlag an die Implorantin für das Meistgebot von 12,150 Thlr. ertheilt werden muß. Denn der Particulier Adolph R. ist der einzige, welcher von ihr die Bestellung einer Caution verlangt hat. Kann daher dieses sein Verlangen nicht berücksichtigt werden, so muß die Frau

Digitized by Google

v. d. H. als Meistbietende den Zuschlag erhalten, ohne daß es einer weiteren Erörterung darüber bedarf, ob die von ihr im Licitationstermine beigebrachte Cautionsacte eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Caution enthält.

№ 25.

Feststellung der Caution im Subhastations-Verfahren.

1. Bei Entscheidung der Frage, ob die von dem Bieter mit der für ihn eingetragenen Forderung angebotene Caution zureichend sei, kommt es auch bei der wegen unterbliebener Zahlung eingeleiteten anderweitigen Subhastation lediglich darauf an, ob die Forderung innerhalb des Taxwerths eingetragen steht. In welchem Verhältnisse die zur Caution angebotene Forderung zu der in der früheren Subhastation festgestellten Kaufgelder-Summe steht, ist in soweit ohne Einfluß.
2. Bei Entscheidung der Frage, ob die zur Caution eingetragene Forderung innerhalb des Taxwerths steht, sind von dem Taxwerth nur die jener Forderung prioritätisch vorgehenden Forderungen selbst, nicht aber die von letzteren rückständig gebliebenen Zinsen und eben so wenig Rückstände an Abgaben, Gesindelohn und die durch das

Digitized by Google

Subhastations-Verfahren entstandenen Kosten in Abzug zu bringen.

3. Der Cautions-Punkt muß im Subhastations-Termine selbst vollständig regulirt und die Zulänglichkeit der angebotenen Caution überzeugend dargethan werden. Sind daher die hierzu erforderlichen Beweise nicht beigebracht, so ist die Sache so zu betrachten, als wenn die Caution überhaupt nicht bestellt worden.

Verordnung vom 4. März 1834 über den Subhastations-Prozeß. §§. 11. und 20.
Allg. Ger. Ord. §. 408. des Anhangs.

Das zu 1600 Thlr. taxirte Bauergut S. No. 5. war zur nothwendigen Subhastation gestellt und durch Adjudicationsbescheid vom 16. April 1853 der Wittwe U. für deren Gebot von 2500 Thlr. zugeschlagen worden. Die Wittwe U. leistete jedoch keine Zahlung, es ward deshalb Refubhastation veranlaßt und in dieser ist das gedachte Bauergut durch Adjudicationsbescheid des Kreisgerichts Stallupönen vom 7. Januar 1854 dem Wirth George T. für dessen Gebot von 1707 Thlr. zugeschlagen worden. Dieser Bescheid wird von dem George M. mit der Nichtigkeits-Beschwerde angefochten. M. war in dem Bietungstermine ebenfalls als Kauflustiger aufgetreten und hatte ein Gebot von 2000 Thlr. abgegeben. Von Seiten mehrerer Subhastations-Interessenten war jedoch Bestellung der Caution gefordert; M. wollte eine solche mit einer für ihn auf dem subhastirten Grundstücke eingetragenen Altentheils-Forderung bestellen; die Subhastations-Interessenten widersprachen dem jedoch, weil die in solcher Weise angebotene Caution nicht die gesetzliche Sicherheit habe. Dieser Widerspruch ist auch

Digitized by Google

von dem Adjudications-Richter begründet erachtet und aus diesem Grunde dem M. der Zuschlag versagt. In dieser Beziehung ist zum Verständniß der Entscheidungsgründe Folgendes zu bemerken:

1. In dem Hypothekenbuche des subhastirten Grundstücks sind auf demselben nach Ordnung der Zeitfolge und der dadurch begründeten Priorität folgende Ansprüche eingetragen:

a) Rubr. II. die Verbindlichkeit des Besitzers, der Wittwe U. das in dem Recesse vom 3. October 1839 bezeichnete Ausgedinge, sowie die Verpflichtung, der unverehelichten Eva U. die in diesem Receß specificirte Leibrente zu gewähren, eingetragen den 28. Juli 1840.

b) Rubr. III. No. 2. ein Capital von 300 Thlr. zu 5 Procent zinsbar, eingetragen den 28. Juli 1840.

c) Rubr. III. No. 4. ein zu 5 Procent zinsbares Capital von 300 Thlr., eingetragen den 5. April 1845.

d) Rubr. II. No. 6. die Verpflichtung des Besitzers, den M.schen Eheleuten — den jetzigen Imploranten — das in dem Vertrage vom 10. Juli 1844 stipulirte Ausgedinge zu gewähren, eingetragen den 11. November 1845.

Die übrigen Eintragungen interessiren nicht. Das zu d. bezeichnete Ausgedinge ist es, womit die Caution bestellt werden sollte. Der Werth dieses Ausgedinges ist durch die Calculatur auf 1524 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. berechnet. Welchen Werth das Ausgedinge und die Leibrente zu a. haben, ergiebt sich aus den Acten nicht.

2. Nach erfolgtem Zuschlage des Grundstücks an die Wittwe U. war im Termine den 3. Juni 1853 mit Belegung der Kaufgelder verfahren. In diesem Termine wurden die Ansprüche an die Kaufgeldermasse liquidirt; unter mehreren geschah dies auch von dem Ausitzer M., der einmal

Digitized by Google

232 Thlr. 6 Pf. Altentheilsreste, sodann auch den auf 2070 Thlr. 12 Sgr. 6 Pf. angegebenen Werth des Altentheils liquidirte. Es hatte sich jedoch auch der Gutsbesitzer Mr. gemeldet, welcher gegen M. ein Capital von 220 Thlr. nebst 5 Procent Zinsen seit dem 4. Januar 1851 und 17 Thlr. 21 Sgr. 9 Pf. ältere Zinsen exstritten und das Percipiendum des M. mit Arrest belegt hatte. M. willigte in die Auszahlung an solchen. Es sind hierauf die Kaufgelder zum Betrage von . . . . 2515 Thlr. 29 Sgr. 2 Pf. vertheilt. Zunächst sind hierauf

angewiesen . . . . . 1308 „ 6 „ 6 „

und verblieben daher noch . . 1207 Thlr. 22 Sgr. 8 Pf.

Jene angewiesenen 1308 Thlr. 6 Sgr. 6 Pf. werden gebildet durch die prioritätisch eingetragenen Capitale von 600 Thlr. zu b. und c.; von denselben sind indessen auch die rückständigen Zinsen und ferner Abgabenreste, Kosten-Vorschuß und Gesindelohn berechnet. Die überschießenden 1207 Thlr. 22 Sgr. 8 Pf. sind dem M., und zwar die Altentheilsreste mit 232 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. dem Gutsbesitzer Mr., für Rechnung des M., der Ueberrest mit 975 Thlr. 6 Sgr. 2 Pf. ist dem M. überwiesen.

Dies vorausgesetzt, ist nun in dem ergangenen Adjudicationsbescheide das von dem M. abgegebene Meistgebot deshalb nicht berücksichtigt, weil „die von demselben angebotene Caution nicht den zehnten Theil des letzten Gebots erreicht.“ Wörtlich ist sodann Folgendes gesagt:

Bei der früheren Subhastation sei M. nach Ausweis der Kaufgelder-Belegungs-Verhandlungen vom 3. Juni 1853 mit den Altentheils-Rückständen aus der Zeit vom 11. November 1850 bis zum 3. Juni 1853 mit zusammen 232 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. und auf das den ihm liquidirte Altentheils-Capital mit 975 Thlr. 6 Sgr.

Digitized by Google

2 Pf. zur Perception gekommen und zwar dergestalt, daß noch vor dem, den Altentheils-Capitale vorgehenden Altentheils-Rückständen 1305 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. (richtiger 1308 Thlr. 6 Sgr. 6 Pf.) locirt seien. Die Letzteren seien in demselben Termine dem Gutsbesitzer M., welcher 220 Thlr. mit 5 Procent Zinsen seit dem 4. Januar 1851 und 17 Thlr. 21 Sgr. 9 Pf. ältere Zinsen zu fordern gehabt, überwiesen. Es sei dem M. daher nur das postlocirte Altentheils-Capital von 975 Thlr. 6 Sgr. 2 Pf. verblieben und zwar nur in so weit, als dasselbe nicht ebenfalls zur vollständigen Deckung der M.schen Forderung verwendet werden mußte. Lasse man aber selbst diese letztere unbedeutende Summe außer Ansatz, so gehen der Forderung des M., mit welcher er Caution bestellen will, noch 1537 Thlr. vor. Die Taxe betrage 1600 Thlr., und fallen daher nur 62 Thlr. 27 Sgr. innerhalb des Taxwerths des Grundstücks, also bei weitem nicht der zehnte Theil des letzten Gebots, weshalb die von dem M. bestellte Caution nach §. 11. der Verordnung vom 4. März 1834 als ungenügend erachtet werden müsse und sein Gebot von 2000 Thlrn. nicht berücksichtigt werden könne.

Gegen diesen Adjudications-Bescheid legte M. die Nichtigkeitsbeschwerde ein; diese ist auch von dem dritten Senate des Ober-Tribunals am 14. Juli 1854 für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch der Adjudications-Bescheid aufrecht erhalten.

Gründe.

Nach §. 11. der Verordnung vom 4. März 1834 müssen Personen, welche in dem Subhastations-Verfahren als Kauflustige auftreten, deren Zahlungsfähigkeit aber angezweifelt wird, eine Caution zum zehnten Theile der Taxe

Digitized by Google

des Grundstücks niederlegen. Gläubiger, deren Forderungen innerhalb des Taxwerths auf dem Immobile eingetragen stehen, können die Caution mit diesen Forderungen bestellen. Nach §. 408. des Anh. zur Allg. Ger. Ord. und nach §. 20. der Verordnung vom 4. März 1834 wird die anderweitige, in dem vorliegenden Falle wegen unterbliebener Zahlung des Kaufgeldes eingeleitete Subhastation nicht als eine Fortsetzung der vorigen, sondern als eine neue Subhastation angesehen; sie erfolgt daher lediglich nach den Vorschriften der Verordnung vom 4. März 1834 und es muß eben deshalb auch der Grundsatz des §. 11. a. a. O. zur Anwendung kommen. Hiernach kam es bei der Entscheidung der Frage, ob dem Altsitzer M. der Zuschlag für das von ihm erklärte Meistgebot zu ertheilen sei, lediglich darauf an, ob die von demselben mit der von ihm eingetragenen Altentheils-Forderung angebotene, auf Höhe von 160 Thlr. zu bestellende Caution innerhalb des auf 1600 Thlr. festgestellten Taxwerths des Grundstücks stehe. Ganz im Widerspruche hiermit ist aber in dem Adjudications-Bescheide vom 7. Januar 1854 das von dem M. erklärte Meistgebot deshalb unberücksichtigt geblieben und zurückgewiesen, weil, wie wörtlich gesagt ist, die von demselben angebotene Caution nicht den zehnten Theil des letzten Gebots erreiche, worauf es jedoch nach dem Vorgesagten überall nicht ankommt; daß hierbei, wie Seitens des Imploraten T. geltend gemacht ist, nur ein Schreibfehler untergelaufen sei, kann nicht anerkannt werden; jener unrichtige Grundsatz ist vielmehr von dem Adjudications-Richter mit Bewußtsein aufgestellt. Es folgt dies aus der Ausführung, welche sich dem aufgestellten Grundsatze anschließt und durch welche, Bezug nehmend auf die Verhandlung vom 3. Juni 1853 über die Kaufgelderbelegung, der Nachweis unter-

Digitized by Google

nommen ist, daß M. mit seiner zur Caution angebotenen Forderung nach dem Ausfalle der ersten Subhastation nur mit 975 Thlr. zur Perception gelange, dieser Summe aber 1537 Thlr. 3 Sgr. in der Priorität vorgehen. Wörtlich ist sodann Folgendes gesagt:

die Taxe beträgt 1600 Thlr., und fallen daher nur 62 Thlr. 27 Sgr. innerhalb des Taxwerths des Grundstücks, also bei weitem nicht der zehnte Theil des letzten Gebots.

Hier ist freilich erwähnt, daß die Taxe 1600 Thlr. beträgt und daß von der zur Perception gelangenden Summe nur 62 Thlr. 27 Sgr. in den Taxwerth fallen; aber nur, um daran die Folgerung zu knüpfen, daß die zur Perception gelangenden, innerhalb des Taxwerths fallenden 62 Thlr. 27 Sgr. nicht den zehnten Theil des letzten Gebots betragen. Und hierin ist augenscheinlich der eigentliche Entscheidungsgrund zu suchen, wie schon daraus sich ergiebt, daß im entgegengesetzten Falle das Zurückgehen auf die Kaufgelder-Belegungs-Verhandlung vom 3. Juni 1853 ohne alle Bedeutung sein würde. Ueberdies ist bei der hiernach zugelegten Berechnung noch in anderer Beziehung gegen den in dem §. 11. der Verordnung vom 4. März 1834 aufgestellten Grundsatz verstoßen. Nach dieser Vorschrift kommt es lediglich darauf an, ob die Forderungen innerhalb des Taxwerths eingetragen stehen. Hierbei müssen allerdings die prioritätisch eingetragenen Forderungen beachtet werden; aber eben nur die eingetragenen Forderungen selbst, nicht die von solchen etwa rückständigen Zinsen und noch weniger anderweitige Rückstände an Abgaben, Gesindelohn und die durch das Subhastations-Verfahren entstandenen und noch entstehenden Kosten; alle solche Rückstände kommen bei der Berechnung der Zulänglichkeit der zur Caution angebotenen

Digitized by Google

Forderung nicht in Betracht. Der Adjudications-Richter hat daher auch in dieser Beziehung rechtsgrundsätzlich fehlgegriffen, wenn er bei der zugelegten Berechnung die diesfallsigen Rückstände zur Berücksichtigung gezogen hat, da einleuchten muß, daß bei Befolgung des in dem Gesetze aufgestellten Grundsatzes ein dem M. bei weitem günstigeres Ergebniß und nach der Auffassung des Adjudications-Richters eine zur Cautionsbestellung völlig geeignete Forderung sich ergeben haben würde.

Hiernach muß den Imploranten darin beigetreten werden, daß der Adjudications-Bescheid durch unhaltbare, mit dem Gesetzen in Widerspruch stehende Gründe motivirt worden; die Nichtigkeits-Beschwerde muß deshalb an sich für begründet anerkannt werden. In der Sache selbst ist jedoch die Entscheidung richtig und sie muß daher aufrecht erhalten werden.

Der Imporant M. hat zwar in dem angestandenen Termine das beste Gebot mit 2000 Thlr. gethan. Die Frage ist aber, ob derselbe zum Bieten zugelassen werden dürfte, und die Beantwortung dieser Frage ist wiederum davon abhängig, ob die ihm abgeforderte und von ihm angebotene Caution für annehmbar und zureichend zu erachten ist. Imporant hat die Caution mit der für ihn Rub. II. No. 6. auf dem zur Subhastation gestellten Grundstücke unter dem 11. November 1845 eingetragenen Altentheils-Forderung bestellen wollen. Für den vorliegenden Fall kann dahin gestellt bleiben, ob eine Altentheils-Forderung überhaupt geeignet ist, um mit solcher Caution bestellen zu können, und ob nicht mindestens das in dem Altentheile mitbegriffene Wohnungsrecht bei der Werthsschätzung des Altentheils außer Berechnung bleiben muß. Entscheidend ist jedenfalls, daß nach Lage der Acten nichts zu übersehen

Digitized by Google

ist, ob und in wie weit die Altentheils-Forderung der Imploranten innerhalb des Taxwerths, also innerhalb 1600 Thlr. zu stehen komme. Nach Ausweis des in den Acten befindlichen Hypothekenscheins steht nämlich auf dem zur Subhastation gestellten Grundstücke Rub. II. auch die Verbindlichkeit des Besitzers eingetragen, der Wittwe U. das in dem Recesse vom 3. October 1839 bezeichnete Auszedinge, ingleichen der unverehelichten Eva U. die in diesem Recesse verzeichnete Leibrente zu gewähren. Jene und diese Verpflichtung sind den 28. Juli 1840 eingetragen, beide gehen daher unbedenklich der für den Imploranten erst unter dem 11. November 1845 eingetragenen Altentheils-Forderung in der Priorität vor, und sie müssen eben deshalb von dem auf 1600 Thlr. festgestellten Taxwerthe des Grundstücks vorweg in Abzug gebracht werden, wenn festgestellt werden soll, ob die Altentheils-Forderung der Imploranten, deren Werth durch die Calkulatur auf 1524 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. berechnet ist, innerhalb des Taxwerths zu stehen kommt. Welchen Werth jedoch die Altentheils-Forderung der Wittwe U. und die Leibrente der Eva U. haben, ist nicht festgestellt, mindestens aus den vorliegenden Acten nicht zu entnehmen, am wenigsten aber in dem Subhastations-Termine nachgewiesen. Nach §. 11. der Verordnung vom 4. März 1834 muß aber der Cautions-Punkt in dem Subhastations-Termine selbst vollständig regulirt und liquide gemacht werden, und es wäre eben deshalb Sache des als Bieter aufgetretenen Altsitzer M. gewesen, in diesem Termine diejenigen Nachweise zu führen und vorzulegen, ohne welche nach dem Vorgesagten eine Prüfung über die Zulänglichkeit der von ihm angebotenen Caution unausführbar war. Da dies aber nicht geschehen und eine nachträgliche Verhandlung in dieser Beziehung unstatthaft

Digitized by Google

ist, so kann die gesetzlich nothwendige Voraussetzung, daß die zur Caution angebotene Forderung innerhalb des Taxwerths stehe, für festgestellt nicht angenommen und deshalb auf das Meistgebot des M. keine Rücksicht genommen, vielmehr muß dem Imploraten T. der Zuschlag ertheilt werden. Hiernach hat daher der ergangene Adjudications-Bescheid, wiewohl aus andern Gründen, für gerechtfertigt angenommen, und deshalb aufrecht erhalten werden müssen.

№ 26.

Subhastation zum Zweck der Auseinandersetzung von Miteigenthümern. Rechte des einen, bezüglich eines auf dem ideellen Antheils-Eigenthume des andern eingetragenen Nießbrauchsrechts eines Dritten.

Der die Subhastation zum Zweck der Auseinandersetzung extrahirende Miteigenthümer, auf dessen ideellen Antheil der Nießbrauch eines Dritten nicht haftet und dessen Miteigenthum früher constituirt, beziehungsweise im Hypothekenbuche eingetragen wurde, als das auf dem ideellen Antheile des andern Miteigenthümers haftende Nießbrauchsrecht, ist nicht verpflichtet, sich das unter Uebernahme des Nießbrauchs erzielte geringere Meistgebot gefallen zu lassen. Derselbe kann vielmehr auch wider den Willen des Nießbrauchs-Berechtigten verlangen, daß das Grundstück,

Digitized by Google

— wenn gleich mit der Last des Nießbrauchs und ohne dieselbe ausgeboten, — dennoch frei von dem Nießbrauch für das bei Nichtübernahme des Letzteren abgegebene höhere Gebot des Meistbietenden zugeschlagen werde.

Verordnung vom 11. August 1843 (Gesetz-Samml. S. 323.).
Verordnung vom 4. März 1834, das Subhastations-Verfahren betreffend (Gesetz-Samml. S. 39 ff.).

Die Kaufleute B. und H. besaßen ein in der Catastral-Gemeinde M. belegenes Wiesengrundstück zu gleichen Theilen. Der Besitztitel war für Beide im Hypothekenbuche eingetragen und der ideelle Antheil des H. mit einem in zweiter Rubrik eingetragenen lebenslänglichen Nießbrauchsrechte der Eheleute M. belastet.

Mit Einwilligung seines Miteigenthümers wurde von B. zum Zweck der Auseinandersetzung die nothwendige Subhastation der Wiese ausgebracht und das auf 216 Thlr. geschätzte Grundstück in doppelter Weise — mit und ohne das Nießbrauchsrecht — zum Verkaufe ausgesetzt. Mit Uebernahme des Nießbrauchs gab hierauf H. ein Meistgebot von 80 Thlr. ab, wogegen von dem Gruben-Direktor H. H. bei Nichtübernahme des Nießbrauchs ein Meistgebot von 216 Thlr. gethan wurde. Eine Einwilligung der Eheleute M. in den Verkauf der Wiese ohne die Last der für sie eingetragenen Nießbrauchs-Berechtigung war nicht zu erlangen.

Durch das am 12. November 1853 ergangene Zuschlags-Urtel des Kreisgerichts zu Bochum ist hierauf das Wiesengrundstück dem H. mit der darauf ruhenden Last des Nießbrauchs für das von ihm gegen Uebernahme desselben gethane Meistgebot von 80 Thlr. zugeschlagen, diese Ent-

Digitized by Google

scheidung jedoch auf eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde des Miteigenthümers B. von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 2. Juni 1854 vernichtet und das Grundstück dem Gruben-Direktor H. H., frei von der Last des Nießbrauchs, für das Meistgebot von 216 Thlr. zugeschlagen worden.

Gründe.

Es liegt eine zum Zweck einer Auseinandersetzung unter den Miteigenthümern B. und H. eingeleitete Subhastation vor. Eine solche Subhastation soll nach der Verordnung vom 11. August 1843 die Wirkungen einer nothwendigen Subhastation nur gegen den Miteigenthümer, nicht aber gegen Pächter, Miether, eingetragene Gläubiger und andere Realberechtigte haben. „Haften jedoch," heißt es im §. 2. dieser Verordnung

„auf dem Antheil eines Miteigenthümers, gegen welchen zum Zweck der Auseinandersetzung auf Subhastation angetragen wird, Hypothekenschulden oder andere Reallasten, für welche der Antheil des Extrahenten der Subhastation nicht mit verhaftet ist, so treten in Beziehung auf jene Schulden und Lasten die Wirkungen der nothwendigen Subhastation, wie gegen die Miteigenthümer selbst ein."

„Die Inhaber solcher Hypotheken- und Realrechte sind rücksichtlich des ihnen verpfändeten Antheils und der darauf fallenden Kaufgelder-Rate nach den Vorschriften der Verordnung vom 4. März 1834 zu behandeln."

Die Verordnung vom 11. August 1843 stellt also überhaupt den Grundsatz auf, daß die zum Zweck der Auseinandersetzung eingeleitete Subhastation gegen den Miteigenthümer, gegen welchen das Verfahren extrahirt ist und gegen alle auf dessen Antheil ausschließlich eingetragene

Digitized by Google

Realrechte die Wirkungen einer nothwendigen Subhastation habe.

Dieser Grundsatz muß nach den Worten und der Absicht des Gesetzes auch auf das Nießbrauchsrecht angewendet werden, welches der Miteigenthümer H., gegen den die Subhastation extrahirt worden, ausschließlich an seinem Antheil für die M.schen Eheleute bestellt hat.

Nun wird zwar ein eingetragenes Nießbrauchsrecht, auch bei nothwendigen Subhastationen, in der Regel durch den Verkauf nicht berührt, sondern muß, wie bei ähnlichen Rechten in mehreren Präjudizien des Ober-Tribunals (Zusammenstellung der Grundsätze über das Subhastations-Verfahren No. 59.) und neuerdings durch den Plenarbeschluß vom 15. Mai 1854 anerkannt ist, neben dem Kaufgelde von dem Käufer übernommen werden; dergestalt, daß auch die eingetragenen Gläubiger die Bedingung, daß das Grundstück ohne das gedachte Recht verkauft werde, in der Regel nicht stellen können. Diese Regel erleidet indessen, abgesehen von anderen möglichen Ausnahmen, jedenfalls dann eine Ausnahme, wenn der Nießbrauchs-Berechtigte mit einem ihm nach dem Alter seiner dinglichen Berechtigung resp. Eintragung vorgehenden Hypotheken-Gläubiger oder sonstigen Realberechtigten concurrirt, und dieser bei dem Verkauf des Grundstücks mit Uebernahme des Nießbrauchs, einen völligen oder theilweisen Ausfall erleiden könnte. In einem solchen Falle kann der prälocirte Gläubiger verlangen, daß das Grundstück mit der Last des Nießbrauchs und ohne dieselbe ausgeboten, demnächst aber frei von dem Nießbrauche zugeschlagen werde, wenn er bei dem Zuschlage für das unter der Uebernahme des Nießbrauchs abgegebene Gebot einen Ausfall erleiden würde. Es folgt dies daraus, daß der prälocirte Gläubiger kraft seines Vorzugsrechts die Be-

Digitized by Google

friedigung vor allen später eingetragenen Realrechten fordern kann, und ist auch in mehreren Entscheidungen des Ober-Tribunals bereits anerkannt worden. (Zusammenstellung der Grundsätze rc. No. 59.)

Die eben gedachte Ausnahme von der Regel muß auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Dies würde ganz unbedenklich sein, wenn das auf dem Antheil des Imploraten eingetragene Nießbrauchs-Recht der M.schen Eheleute mit einem auf den Antheil des Imploranten früher eingetragenen Hypothekenrechte concurrirte. Dasselbe muß aber zu Gunsten des Imploranten angenommen werden, dessen Miteigenthum bereits im Jahre 1828 constituirt worden ist, während das auf der ideellen Hälfte des Imploraten ausschließlich haftende Nießbrauchsrecht der M.schen Eheleute erst mittelst Verfügung vom 18. April 1849 auf Grund eines Vertrages vom Jahre 1840 zur Eintragung gelangte. Denn der Implorat war offenbar nicht befugt, durch Bestellung des Nießbrauchsrechts direct oder indirect über die ideelle Hälfte des Imploranten zu disponiren, und der Nießbrauchs-Berechtigte kann aus der auf den Antheil des Imploraten erfolgten Eintragung kein Recht zu einer solchen Disposition herleiten. Dem andern Miteigenthümer und allen auf dessen Antheil ausschließlich eingetragenen Realberechtigten gegenüber ist Implorant unter den obwaltenden Verhältnissen einem prälocirten Gläubiger gleich zu achten.

Dem Imploranten kann und darf in Folge dessen nicht zugemuthet werden, sich mit dem unter Uebernahme des in Rede stehenden Nießbrauchs gethanen geringeren Gebote des H. von 80 Thlr. zu begnügen und nach Maaßgabe desselben sein Miteigenthum im einseitigen Interesse der Nießbraucher geringer zu verwerthen, als dies bei einem Gebot von 216 Thlr., wie es ohne Uebernahme dieses

Digitized by Google

Nießbrauchs von dem Gruben-Director H. H. gethan würde, der Fall sein würde. Gleich einem prioritätisch eingetragenen Hypotheken-Gläubiger kann er vielmehr verlangen, daß unter den obwaltenden Umständen, unter welchen er bei dem Zuschlage mit Uebernahme des Nießbrauchs einen erheblichen Verlust erleiden würde, das Grundstück für das unter Befreiung von dem Nießbrauche abgegebene Gebot zugeschlagen werde, und der Nießbrauchs-Berechtigte aus dem auf den Antheil des andern Miteigenthümers fallenden Kaufgelder-Betrage seine Befriedigung suche.

Hieraus folgt, daß die M.schen Eheleute nicht befugt waren, dem Antrage des Imploranten:

die Wiese, frei von ihrem Nießbrauche, dem H. H. für das von ihm gethane Meistgebot von 246 Thlr. zuzuschlagen und die Nießbraucher Behufs ihrer Befriedigung auf die sich hieraus ergebende Kaufgelder-Masse zu verweisen,

mit rechtlicher Wirkung zu widersprechen, und der Vorderrichter, der dies verkannt und mit Zurückweisung dieses Antrages, den Zuschlag dem H. für das mit Uebernahme des Nießbrauchs gethane Mindergebot von 80 Thlr. ertheilt, weil die M.schen Eheleute in den Zuschlag an den Gruben-Director H. H. für das mit Ausschluß dieser Uebernahme gethane Mehrgebot nicht gewilligt hätten, hat sich daher einer Verletzung der Eingangs erwähnten Verordnung vom 11. August 1843 §. 2. und der darin angezogenen Verordnung vom 4. März 1834 über das Subhastations-Verfahren und dessen Einfluß auf Hypotheken- und sonstige Realrechte schuldig gemacht.

Dies reicht hin, sein Erkenntniß nach dem Antrage des Imploranten zu vernichten und in der Sache selbst den Meistbietenden H. H. für das bei Nichtübernahme des Nießbrauchs der M.schen Eheleute gethane höhere Gebot den

Digitized by Google

216 Thlr. unter den im Licitationstermine aufgestellten Bedingungen den Zuschlag zu ertheilen.

№ 27.

Subhastations-Kosten.

Die Subhastations-Kosten sind bei Austheilung der Kaufgelder des subhastirten Grundstücks auch dann, wenn der ganze Kaufpreis durch Uebernahme von Hypothekenforderungen Seitens des Erstehers berichtigt wird, vorweg in Abzug zu bringen, dergestalt, daß dieselben mit dem Vorzugsrechte vor allen übernommenen Hypothekenforderungen in das Hypothekenbuch des subhastirten Grundstücks eingetragen werden, und sind die Hypotheken-Gläubiger, deren Forderungen von dem Ersteher übernommen worden sind, nicht befugt, der Präintabulation zu widersprechen. Präjudiz 2534.

Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834. §. 18. (Ges.-Samml. S. 44.)

Das Grundstück No. 46. zu B. ist im Wege der nothwendigen Subhastation verkauft worden. Der Käufer, welcher das Kaufgeld nicht baar zu erlegen vermochte, einigte sich mit den eingetragenen Hypothekengläubigern, zu welchen auch das General-Pupillar-Depositorium des Stadtgerichts zu B. mit einem Rubr. III. No. 1. intabulirten Capitale von 3000 Thlr. gehörte, dahin, daß die eingetragenen Capitalien, gegen theilweise Berichtigung er rückständigen Zinsen, unter den bisherigen Bedingungen auf dem Grundstücke in Anrechnung der Kaufgelder stehen bleiben sollten. Dieser

Digitized by Google

Einigung entsprechend wurden die Kaufgelder in der Kaufgelderbelegungs-Verhandlung auf die einzelnen, zur Hebung gelangenden Gläubiger vertheilt und die Uebernahme-Erklärungen von dem Käufer abgegeben. Die Salarien-Casse des die Subhastation leitenden Gerichts hatte 219 Thlr. 15 Sgr. 4 Pf. an Subhastations-Kosten zu fordern; sie verlangte, auf die nicht baar bezahlten und einzutragenden Kaufgelder vor allen Gläubigern zur ersten Stelle angewiesen zu werden. Diesem Verlangen setzte das General-Pupillar-Depositorium Widerspruch entgegen, weil das den Cassen wegen der Subhastations-Kosten, bei Vertheilung der baar eingezahlten Kaufgelder zustehende Recht der Vorwegnahme, nicht in gleichem Maaße in dem Falle anzuerkennen sei, wo die Kaufgelder nicht baar erlegt würden, und die Berichtigung des Kaufgeldes durch Uebernahme der Hypothekenforderungen erfolge.

Durch die gleichlautenden Entscheidungen des Stadtgerichts und des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Breslau, vom 25. April resp. vom 1. October 1853, wurde indeß erkannt, daß die Salarien-Casse mit ihrer Forderung von 219 Thlr. 15 Sgr. 4 Pf. Subhastations-Kosten prioritätisch vor der für das General-Pupillar-Depositorium des Stadtgerichts zu B. intabulirten Forderungen im Hypothekenbuch einzutragen.

Die dagegen von dem General-Pupillar-Depositorio eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem vierten Senat des Ober-Tribunals mittelst Erkenntnisses vom 1. Juli 1854 zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter hat ausgeführt, daß mit der Einleitung der nothwendigen Subhastation die Fälligkeit sämmtlicher, auf dem sub hasta stehenden Grundstücke ein-

Digitized by Google

getragener Hypothekenforderungen eintrete. Bei baarer Zahlung der Kaufgelder würden dieselben, so weit sie zur Hebung gelangten, bezahlt und gelöscht; bei nicht baarer Zahlung müsse, wie im vorliegenden Falle auch geschehen sei, gleichwohl mit der Belegung und Vertheilung der Kaufgelder verfahren werden, und die Anweisung der zur Hebung kommenden Gläubiger auf die rückständigen Kaufgelder erfolgen. Hierdurch werde aber das bisher bestandene Pfandverhältniß geändert; die bisher eingetragenen Forderungen würden gelöscht, die bisherigen Gläubiger erlangten einen neuen Pfandtitel, auf Grund dessen ihre Forderungen, so weit sie zur Perception gelangten, als rückständige Kaufgelder eingetragen würden, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde ihre Eintragung früher erfolgt sei. Die Kosten des Subhastationsverfahrens sollten nach §. 18. der Verordnung vom 4. März 1834 für die Salarien-Casse bei der Vertheilung der Kaufgelder vorweg in Abzug gebracht werden. Eine Vertheilung der Kaufgelder finde aber auch dann statt, wenn das Kaufgeld rückständig bleibe, und die nicht bezahlten Kosten müßten ebenfalls auf dasselbe angewiesen und im Hypothekenbuche eingetragen werden. Es könne also einem Bedenken nicht unterliegen, daß das der Casse vor den Hypothekengläubigern verliehene Vorrecht auch in diesem Falle eintrete, und daß also auch die Kosten vor den Forderungen der Gläubiger eingetragen werden müßten. Daß die bisher eingetragenen Posten älteren Ursprungs seien, erscheine einflußlos, weil es auf den früheren Rechtsgrund der Eintragung nicht mehr ankomme, sondern nur auf den durch die Kaufgelderbelegung und Vertheilung neu entstandenen, dessen Anfangspunkt mit dem der Kostenforderung als zusammenfallend zu betrachten sei. Aus demselben Grunde könne das Vorrecht der Casse auch durch eine zwischen dem Ersteher und den Gläubigern

Digitized by Google

zu Stande gekommene Einigung über das Stehenlassen der Forderung nicht geschmälert werden, da von jeder intabulirten Post nur so viel stehen bleiben könne, als etwa bei Vertheilung der Kaufgelder zur Hebung komme.

Die Nichtigkeitsbeschwerde hat gegen diese Ausführung die Verletzung der §§. 18. und 19. des Subhastations-Gesetzes vom 4 März 1834, der §§. 407. 497. 500. 524. und 526. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., so wie des Rechtsgrundsatzes gerügt, daß die Hypotheken, so lange sie stehen bleiben, so lange auch das ihnen durch die Eintragung gesicherte Vorrecht behalten, und daß ihnen dasselbe durch Präintabulationen später entstandener Forderungen nicht entzogen werden kann, daß dasselbe vielmehr nur durch ausdrückliche Prioritäts-Einräumung verloren geht. Diese Beschwerde kann für begründet nicht erachtet werden.

Der §. 18. der Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-Prozeß vom 4. März 1834 bestimmt in Uebereinstimmung mit den §§. 211. 509. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., §. 511. Tit. 50. Thl. I. der Allg. Gerichts-Ordnung und §. 10. No. 2. des Gebühren-Gesetzes vom 10. Mai 1851, daß die Subhastationskosten, mit Ausschluß der Kosten des Werthstempels und des Zuschlagsbescheides, bei Austheilung der Kaufgelder vorweg in Abzug zu bringen sind, und dem letzten Percipienten entgehen. Diese Vorschrift stellt einen allgemeinen Grundsatz auf, ihm zufolge sollen die Subhastationskosten schlechthin und ohne Unterschied vor allen aus den Kaufgeldern ihre Befriedigung suchenden Gläubigern gedeckt werden. Aufgabe des Kaufgelderbelegungs- und Vertheilungsverfahrens ist, die Ordnung, in welcher die geltend gemachten Ansprüche zu befriedigen sind, zu reguliren; die §§. 17. und 19. der allegirten Verordnung regeln die dabei einzuhaltende Procedur; es ist darin

Digitized by Google

nicht bestimmt, daß die Wirksamkeit des den Subhastationskosten allgemein beigelegten Rechtes auf Befriedigung vor allen anderen Ansprüchen von der Art der Belegung der Kaufgelder abhängig sei und insbesondere in dem Falle der Belegung durch Uebernahme der Hypotheken auf die baar nicht gezahlte Kaufgelder, Seitens des Erstehers, ausgeschlossen sein solle; es ist darin eben so wenig bestimmt, daß die übernommenen Hypotheken-Capitalien unter allen Umständen und namentlich den Subhastationskosten gegenüber ihre bisher im Hypothekenbuche des subhastirten Grundstücks innegehabte Priorität behalten sollen. Die Deduction des Imploranten, daß der §. 18. der Verordnung vom 4. März 1834 nur auf den Fall der Vertheilung baar eingezahlter Kaufgelder, nicht aber auch auf einen Fall der vorliegenden Art Anwendung finde, weil den in Anrechnung auf das nicht baar erlegte Kaufgeld übernommenen Hypothekenforderungen die bisherige Hypothekenstelle und Priorität nicht geschmälert, und weil die Folgeordnung der in einem solchen Falle ungelöscht stehen bleibenden Hypotheken durch Präintabulation der Subhastationskosten nicht gestört werden dürfe, verstößt gegen die Natur des obwaltenden Rechtsverhältnisses. Durch die im Wege der Execution erfolgte Subhastation werden alle Hypothekenrechte realisirt. Und weil sie dies werden, gehen sie als solche unter. Nach Maaßgabe der denselben beiwohnenden Priorität werden die Kaufgelder vertheilt. Die Subhastationskosten sind aufgewendet, um dies Ziel zu erreichen. Sie müssen berichtigt werden, bevor festzustellen ist, was an zu vertheilenden Kaufgeldern vorhanden ist. Hierauf gründet sich der ihnen im Gesetze beigelegte Vorzug. Lassen Gläubiger ihre Forderungen stehen, belassen sie ihr Percipiendum dem neuen Eigenthümer gegen neue Hypothek auf dem subhastirten Grundstücke, so

Digitized by Google

stellt sich dies als ein lediglich zwischen ihnen und dem neuen Eigenthümer begründetes Rechtsgeschäft dar und dieses unter dritten Personen geschlossene Geschäft kann der Salarien-Casse bezüglich der Forderung der Subhastationskosten nichts an ihren Rechten nehmen. Die Entscheidung des Appellations-Richters stellt sich hiernach als gerechtfertigt und der dagegen erhobene Angriff als unbegründet dar.

№ 28.

Entschädigungs-Verpflichtung des Adjudicatars, der andere Kauflustige vom Mit- oder Weiterbieten abgehalten hat.

Soweit ein Adjudicatar dasjenige, was er andern Kauflustigen gegen das Verbot der Verordnung vom 14. Juli 1797 und resp. des §. 270. des Strafgesetz-Buchs vom 14. April 1851 versprochen, um dieselben vom Mit- oder Weiterbieten abzuhalten, noch nicht gegeben hat, ist er als Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes im Sinne des §. 3. der Verordnung vom 14. Juli 1797 anzusehen.

Der vorstehende Grundsatz widerspricht nicht dem Präjudiz vom 16. December 1853 No. 2494. (Entscheid. Band 26. S. 246.), sondern ist nur eine nähere Ausführung und specielle Anwendung desselben. Präjudiz No. 2532.

Verordnungen gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und andern öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen vom 14. Juli 1797. Nov. Corp. Const. Tom. X. No. 55.

Digitized by Google

de 1797. S. 1313. Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze und Verordnungen Bd. 4. S. 204.
Str. G. B. §. 270.

Auf dem, den Eheleuten Andreas K. gehörigen Grundstücke zu R. hafteten früher 1000 Thlr. zu fünf vom Hundert verzinslich, für die Gemeinde M. und 375 Thlr. für den Abraham Fr.

Im Wege der Execution wurde dies Grundstück zur nothwendigen Subhastation gestellt, es ist auf 1587 Thlr. 1 Sgr. 8 Pf. abgeschätzt und demnächst dem Meier O. für sein Meistgebot von 940 Thlr. zugeschlagen worden. Bei der am 5. December 1850 stattgefundenen Vertheilung der Kaufgelder erlitt die Gemeinde M. an ihrer vorgedachten Hypothekenforderung einen Ausfall von 298 Thlr. 6 Pf., den sie jetzt von dem Meier O. um deshalb erstattet verlangt, weil derselbe die übrigen Kauflustigen unerlaubter Weise vom Mit- und Weiterbieten abgehalten habe. Zu diesem Ende habe er, wird behauptet, dem Johannes K. 80 Thlr. und dem F. 50 Thlr. versprochen, dem Abraham Fr. die Zahlung seiner eingetragenen 375 Thlr. zugesichert, und diesem sowie dem Ruben O. Theilnahme an dem beim Wiederverkaufe des zu erstehenden Grundstücks zu machenden Gewinne eingeräumt. Es steht fest, daß Meier O. das erstandene Grundstück für einen höheren Preis, als den vorgedachten Taxwerth wieder verkauft hat, und die Klägerin behauptete: Abraham Fr. würde mehr geboten haben, als sie zu fordern gehabt, hätte Verklagter ihm nicht die Zahlung seiner postlocirten 375 Thlr. zugesichert. Wiewohl der Verklagte nun einwandte: die allgemeinen Bestimmungen des Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. würden hier durch das Specialgesetz vom 14. Juli 1797 ausgeschlossen, nach diesem letztern wäre der Anspruch der Klägerin nicht gehörig

Digitized by Google

substantiirt, und das Geschäft mit Abraham Fr. stelle sich als eine unerlaubte Cession dar, so ist er durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Brilon und des Appellations-Gerichts zu Arnsberg, vom 22. September 1853 und 14. Januar 1854, dennoch verurtheilt, der Klägerin den erlittenen Ausfall mit 298 Thlr. 6 Pf. nebst fünf Procent Zinsen seit dem 5. December 1850 zu ersetzen. Der Appellations-Richter leitet die Entschädigungs-Verbindlichkeit des Verklagten zunächst aus den §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. her, fährt sodann aber in seinen Entscheidungsgründen fort:

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen vom Schadens-Ersatze stehen der Klägerin auch die Bestimmungen im §. 3. u. 5. des Gesetzes vom 14. Juli 1797 zur Seite. Verklagter hat einen unerlaubten Gewinn hinter sich, der als Fonds zur Befriedigung der Klägerin ausreicht und nach den angezogenen Bestimmungen der Verordnung vom 14. Juli 1797 der Klägerin zur Deckung ihres Schadens zu Gute kommen muß.

Gegen das Appellations-Urtel hat der Verklagte zwar noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt; der erste Senat des Ober-Tribunals hat in seiner Sitzung vom 5. Juli 1854 dieselbe indessen zurückgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Implorant beschuldigt den Appellations-Richter einer Verletzung der §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. Soweit der Anspruch der Klägerin auf die allgemeinen Vorschriften des 6. Titels Theil I. A. L. R. gestützt wird, erscheint derselbe nach dem diesseitigen Präjudiz vom 16. December v. J. No. 2494. — Entsch. Bd. 26. S. 246. — allerdings nicht gerechtfertigt; danach kann aus dem Umstande, daß einem Adjudicatar nachgewiesen worden,

Digitized by Google

er habe dem Verbote der Verordnung vom 14. Juli 1797 zuwider bei der öffentlichen Versteigerung Kauflustige durch Versprechung von Vortheilen vom Mit- oder Weiterbieten abgehalten, von dem Eigenthümer des versteigerten Objects oder den Gläubigern desselben ein auf die allgemeinen Vorschriften des Tit. 6. Thl. I. A. L. R., über die Pflichten und Rechte aus unerlaubten Handlungen, gegründeter Entschädigungsanspruch nicht hergeleitet werden, vielmehr steht den Beeinträchtigten kein weiterer Civilanspruch zu, als derjenige, welchen die gedachte Verordnung dahin bestimmt, daß ein auf diese Art Benachtheiligter nur die Herausgabe des widerrechtlich versprochenen Vortheils von dem Inhaber desselben zu fordern befugt ist. Wenn der vorige Richter daher seine Verurtheilung des Beklagten auch mit auf die §§. 25. und 26. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. basirt, so tritt er insoweit allerdings mit den Grundsätzen in Widerspruch, welche in dem diesseitigen Urtel vom 16. December 1853 näher ausgeführt sind; dessenungeachtet liegt zu der beantragten Vernichtung des angefochtenen Appellations-Urtels keine genügende Veranlassung vor. Der vorige Richter leitet nämlich die Ersatzverbindlichkeit des Verklagten auch aus den §§. 3. und 5. der Verordnung vom 14. Juli 1797 her, und da dieser selbstständige Grund die gefällte Entscheidung schon an sich rechtfertigt, so würde die Unrichtigkeit des erstern Grundes immer nicht die Vernichtung des Vorurtels zur Folge haben. — Instruction vom 7. April 1839 No. 35. — Implorant legt nun zwar dem zweiten Richter auch noch eine völlig unpassende Anwendung dieser §§. 3. und 5. der gedachten Verordnung zur Last: dieser Vorwurf ist indessen unbegründet. Das Sachverhältniß, wie judex a quo es festgestellt, ist überall nicht als actenwidrig angegriffen, und danach hat der Verklagte noch einen unerlaubten Gewinn

Digitized by Google

hinter sich, der als Fonds zur Befriedigung der Klägerin ausreicht. Dies vorausgesetzt, treffen hier alle Erfordernisse der allegirten §§. 3. und 5. zusammen, und der Entschädigungsanspruch der Gemeinde M., so wie die demgemäß ausgesprochene Verurtheilung des Verklagten erscheinen mithin vollständig gerechtfertigt.

Durch diese factische Feststellung erledigt und widerlegt sich die erste Beschwerde bei diesem Punkte, die der Implorant dahin richtet:

welchen Gewinn Verklagter gesucht, sei von der Klägerin nicht substantiirt und vom zweiten Richter nicht festgestellt.

Der Vorwurf ist aber auch nicht einmal richtig: die Klägerin bezeichnet diejenigen 80 Thlr. und resp. 50 Thlr., welche der Verklagte dem F. und K. als Abstandsgelder versprochen, so wie diejenigen 375 Thlr., deren Zahlung er dem Fr. zugesichert, und endlich den Ueberschuß, den er bei dem Wiederverkaufe des Grundstücks gegen das dafür erlegte Meistgebot von 940 Thlr. erzielt und den er mit dem Fr. und D. zu theilen übereingekommen sei, als denjenigen unerlaubten Gewinn des Verklagten, aus welchem er sie wegen des erlittenen Ausfalls von 298 Thlr. 6 Pf. zu befriedigen verbunden sei, wobei rücksichtlich der letzten Position zu beachten ist, daß der Verklagte das meistbietend erstandene Grundstück für mehr als den Taxwerth weiter verkauft hat. Dasselbe stellt auch der Appellations-Richter in Betreff der 80 Thlr. und 50 Thlr. Abstandsgelder, so wie des höheren Wiederverkaufspreises fest; er sagt daher ganz mit Recht:

Verklagter habe einen unerlaubten Gewinn hinter sich, der als Fonds zur Befriedigung der Klägerin ausreiche.

Nicht minder verfehlt ist die zweite dahin lautende Beschwerde: Verklagter sei kein Bieter, der für das Zurücktreten

Digitized by Google

vom Bieten einen unerlaubten Gewinn gezogen und diesen jetzt herauszahlen solle.

Freilich ist der Verklagte nicht vom Bieten zurückgetreten, hat vielmehr für sein Meistgebot von 940 Thlr. den Zuschlag erhalten. Ersteres hat aber auch die Klägerin so wenig behauptet, als der Appellations-Richter angenommen; endlich aber beschränkt der §. 3. der Verordnung vom 14. Juli 1797 die angeordnete Ersatzverbindlichkeit keineswegs allein auf den zurücktretenden Mitbieter, sondern derselbe lautet ganz allgemein:

> Vielmehr soll alles dasjenige, was der zurückstehende Kauflustige durch einen solchen unerlaubten Vertrag gewonnen hat, dem vorigen Eigenthümer des Objects, bei dessen Versteigerung der Vertrag vorgefallen ist, oder dessen Gläubigern, zu deren Befriedigung der gerichtliche Verkauf veranlaßt gewesen, zu Gute kommen und von dem Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes als Entschädigung wegen des dadurch entzogenen rechtmäßigen Vortheils, den sie aus einer ordentlichen Fortsetzung der Licitation zu hoffen hatten, herausgegeben werden.

Hiernach ist der Beeinträchtigte befugt, den vorbeschriebenen unerlaubten Gewinn, in so weit solcher erst versprochen worden, von dem Adjudicatar, das wirklich Gegebene aber von den Empfängern erstattet zu verlangen, und der vorige Richter hat daher die allegirten §§. 3. und 5. der Verordnung vom 14. Juli 1797 keineswegs mißverstanden oder unrichtig gedeutet, wenn er die erwähnten 80 Thlr. und 50 Thlr. versprochene, aber noch nicht gezahlte Abstandsgelder, so wie das gedachte Verkaufs-Surplus als einen hinter dem Verklagten befindlichen unerlaubten Gewinn bezeichnet, der als Fonds zur Befriedigung der Klägerin ausreiche und ihr zur Deckung ihres Schadens zu Gute kommen

Digitized by Google

müsse. In Ansehung dieser Summen, so wie hinsichtlich derjenigen 375 Thlr., deren Zahlung dem Fr. zugesichert, ist der Verklagte wirklich als Inhaber eines unerlaubten Gewinnes im Sinne des §. 3. a. a. O. anzusehen, der der Klägerin auf Höhe ihres Ausfalls als Entschädigung herausgegeben werden muß.

№ 29.

Wirkung des bestätigten Regulirungs-Recesses.

Auch nach Bestätigung des Auseinandersetzungs-Recesses kann eine gutsherrlich bäuerliche Regulirung wegen eines dabei obgewalteten Betruges angefochten werden.

Verordnung vom 20. Juni 1817 (Gesetz-Samml. S. 189.). §. 169.

Auf Grund eines von der General-Commission zu Breslau am 4. Januar 1852 bestätigten Regulirungs-Recesses ist die Robotgärtnerstelle No. 21. zu E. als Eigenthum des Norbert und Hyacint N. eingetragen worden. Der Letztere beantragte am 23. Februar 1853 Theilungshalber die Subhastation mit dem Bemerken, daß Ersterer sein Bruder sei. Dies bestritt dieser und verlangte Einstellung des Verfahrens, weil er allein im Besitze seit zehn Jahren gewesen und es dem Hyacint nur dadurch, daß er sich fälschlich für seinen Bruder ausgegeben, gelungen sei, bei der Regulirung zugezogen zu werden, wonächst auch der Special-Commissarius anzeigte, daß eine nähere Ermittelung

Digitized by Google

seiner Seits veranlaßt werden solle, weshalb er anheimstelle, das Subhastations-Verfahren zu sistiren. Trotzdem und ungeachtet wiederholten Widerspruchs des Norbert N. erfolgte das Aufgebot und der Zuschlag an den Freigärtner P. mittelst Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Groß-Strehlitz vom 4. Februar 1854. Der Richter bemerkte: die Behauptung des Norbert N., daß er Alleineigenthümer der zur Subhastation gestellten Stelle sei, könne den Zuschlag nicht hemmen. Denn ihm stehe die auf dem Eigenthums-Verleihungs-Receſſe vom $\frac{14.\ \text{Oktober}\ 1851}{4.\ \text{Januar}\ 1852}$ beruhende Eintragung im Hypothekenbuche entgegen. Der Receß habe die Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses, der Subhastat habe nicht geleugnet, daß Hyacint N. in dem Receſſe als Miteigenthümer der Stelle anerkannt worden; sein Einwand, daß der Receß durch Betrug erschlichen, sei unzulässig und auch unerwiesen; das Miteigenthum des Extrahenten stehe vielmehr rechtskräftig fest und könne durch die Anführungen des Norbert N., die bei Abschluß des Receſſes anzuführen gewesen wären, nicht wieder zweifelhaft gemacht werden.

Der Norbert N. hielt durch diese Ausführung den §. 169. der Verordnung vom 20. Juni 1817, die §§. 84. 85. Tit. 4. und §. 203. Tit. 5. Thl. I. A. L. R., sowie den aus §. 2. No. 3. der Subhastations-Verordnung vom 4. März 1834 und §. 75. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. sich ergebenden Grundsatz für verletzt, und in Folge dessen vernichtete auch der dritte Senat des Ober-Tribunals am 5. Juli 1854 das ergangene Zuschlags-Erkenniß und veranlaßte zugleich die einstweilige Einstellung des Subhastations-Verfahrens.

Digitized by Google

Gründe.

Der hauptsächlichste Entscheidungsgrund ist daraus entnommen, daß zufolge des bestätigten Recesses das Miteigenthum rechtskräftig feststehe und dagegen der Einwand des Betruges unzulässig sei. Diese Ansicht verstößt gegen den §. 169. der Verordnung vom 20. Juni 1817. Danach soll der bestätigte Receß keinesweges in allen Beziehungen als ein rechtskräftiges Erkenntniß gelten; es ist demselben nur die Wirkung einer gerichtlich bestätigten Urkunde und die executorische Kraft beigelegt. Daraus folgt nicht, daß er durchweg mit einem Judicate auf derselben Linie stehe, vielmehr wird er einem solchen nur, ähnlich dem gerichtlich geschlossenen Vergleiche (§. 3. Tit. 11. und §. 4. Tit. 24. Prozeß-Ordnung), insofern gleichgestellt, als daraus die Execution nachgesucht und verfügt werden kann. Daß aber damit nicht untersagt ist, Abhülfe wegen eines vorgefallenen Betruges zu verlangen, kann um so weniger bezweifelt werden, als früher das Ministerium des Innern in der Recurs-Instanz in Sachen Sender wider Scharfenberg und Ecke (Jurist. Wochenschrift VI. S. 541 bis 542) die Remedur in Betreff eines bloßen Irrthums sogar für statthaft erachtet hat.

Sonach erscheint die ergangene Entscheidung als hinfällig, während in der Sache selbst die Subhastation ausgesetzt bleiben muß, bis über den Anspruch des Norbert N. auf das Alleineigenthum der Stelle, nach vorgängiger Vereinbarung zwischen dem Special-Commissarius, resp. der General-Commission zu Breslau, und dem Kreisgerichte zu Groß-Strehlitz in Betreff der Competenz, durch rechtskräftiges Urtel entschieden sein wird.

Digitized by Google

№ 30.

Vorladung des Exequendus zu dem, gegen den überwiesenen Schuldner angestellten Prozesse.

Daraus, daß der Gläubiger den Exequendus zu dem wider den überwiesenen Schuldner angestrengten Prozesse nicht hat vorladen lassen, kann der letztere weder einen Einwand entnehmen, noch wird dadurch allein schon die Abweisung des Gläubigers mit der wider denselben erhobenen Klage gerechtfertigt. Präjudiz No. 2525.

Gesetz vom 4. Juli 1822. §. 4.

Der Rechts-Anwalt R. und der Particulier E. übernahmen in dem am 12. September 1846 mit dem Lieutenant von A. über das Gut Z. geschlossenen Kaufvertrage die darauf haftenden Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld und verpflichteten sich, den letzteren als Verkäufer binnen Jahresfrist von seiner diesfälligen persönlichen Verhaftung zu liberiren.

Zu jenen Hypotheken gehörten namentlich 5000 Thlr. Kaufgelder, welche der von A. seiner Seits dem F. S., von welchem er das Gut gekauft hatte, schuldig geblieben war. Diese Post fiel demnächst bei der Subhastation des gedachten Grundstücks gänzlich aus. Dem Kaufmann M. L. wurde als Cessionar des F. S. im Wege der Execution wider den von A. das Recht desselben, von dem E. und R. jene Liberation zu verlangen, namentlich in Betreff der gedachten 5000 Thlr. durch eine Verfügung des Kreisgerichts zu Belgard vom 29. Juni 1852 in Kraft der Assignation überwiesen und er nahm auf Grund dieser Ueber-

Digitized by Google

weisung den R. wegen Zahlung der erwähnten Summe nebst Zinsen in rechtlichen Anspruch, wurde jedoch durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Stettin, weil nach §. 1. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 nur Aktivforderungen, welche eine bestimmte Geldforderung zum Gegenstande hätten, überwiesen werden könnten, gänzlich, sowie beziehungsweise durch die Entscheidung des Appellations-Gerichts daselbst vom 17. November 1853 wegen unterbliebener Zuziehung des Exequendus von A. auf Grund des §. 4. der Verordnung vom 4. Juli 1822 angebrachtermaaßen abgewiesen.

Er fand sich hierdurch zur Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde veranlaßt, indem er dem Appellations-Richter eine Verletzung der §§. 3. und 4. des gedachten Gesetzes, sowie des §. 85. Tit. 13. und des §. 281. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. zum Vorwurfe machte und das zweite Urtel ist denn auch von dem vierten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 4. Juni 1854 vernichtet worden.

Gründe.

Nach §. 3. der Verordnung vom 4. Juli 1832 vertraten Verfügungen der vorliegenden Art die Stelle einer Anweisung und der Executionssucher erlangt dadurch an der in Beschlag genommenen Forderung das Recht eines Assignatars mit der Vollmacht zur Einklagung derselben. Auch besagt der §. 281. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R., daß der Angewiesene, wenn er die assignirte Post im Namen des Anweisenden einklagt, die Vermuthung einer Vollmacht für sich hat und der §. 5. Tit. 13. bestimmt:

„Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre."

Zwar erklärt der §. 4. des Gesetzes vom 4. Juli 1822

Digitized by Google

den Gläubiger, dem ein Activum im Wege der Execution in Kraft einer Assignation überwiesen worden, allemal für verpflichtet, den Exequendus zu dem gegen dessen Schuldner zu führenden Processe vorladen zu lassen. Doch kann der letztere offenbar aus der unterbliebenen Befolgung dieser Vorschrift keinen Einwand herleiten. Vielmehr erscheint der an ihn sich haltende Gläubiger ihm gegenüber durch die erhaltene Ueberweisungs-Verfügung vollständig legitimirt und es würde einen Widerspruch in sich selbst enthalten, wenn der Gläubiger nicht befugt sein sollte, den dritten Schuldner allein in Anspruch zu nehmen, während ihm doch in Bezug auf das überwiesene Activum ausdrücklich das Recht eines Assignatars mit der die Vertretung des Exequendus in sich schließenden Vollmacht zur Einklagung desselben beigelegt ist. Auch in dem §. 143. Tit. 11. sowie resp. im §. 348. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R. findet sich verordnet, daß der Käufer, wenn er von dem Verkäufer für die gekaufte, von einem Dritten in Anspruch genommene Sache Gewährleistung fordern will, den Verkäufer, und daß beziehungsweise der von dem Gläubiger zuerst belangte Bürge den Hauptschuldner zu dem wider sie erhobenen Processe mit vorladen lassen müssen. Doch hat die unterbliebene Zuziehung des einen oder des anderen auf den Fortgang des zwischen dem Käufer und dem dritten Prätendenten oder dem Gläubiger und dem Bürgen eingeleiteten, nichts destoweniger unter diesen Parteien zum vollständigen Austrage zu bringenden Processes keinen Einfluß, vielmehr treten die Folgen oder Wirkungen derselben nur bei dem Regresse ein, der demnächst von dem Käufer oder Bürgen an den Verkäufer oder Hauptschuldner genommen wird und in ähnlichem Sinne ist auch die Bestimmung des §. 4. der Verordnung vom 2. Juli 1822 oder die dadurch dem Gläubi-

Digitized by Google

ger auferlegte Verpflichtung aufzufassen. Wird der überwiesene Schuldner im Wege des von dem Gläubiger wider ihn ohne Zuziehung des Exequendus angestrengten Processes verurtheilt, so erlangt jener nur, was letzterer auf keine Weise hätte verhindern können. — Wird dagegen der Gläubiger in diesem Processe abgewiesen, so kann sich der Exequendus bei fortgesetzter Execution möglicherweise mit Erfolg darauf berufen, daß er ihm, wenn er zugezogen worden wäre, zur Herbeiführung eines bessern Resultats geeignete Mittel hätte an die Hand geben können. Eine noch weiter greifende Wirkung läßt sich aber der unterbliebenen Zuziehung des Exequendus nicht beimessen und die Abweisung des Gläubigers mit der wider den überwiesenen Schuldner erhobenen Klage wird dadurch allein, wenn gleich der §. 36. Tit. 24. Thl. I. des A. L. R. und §. 6. der Verordnung vom 4. März 1834 gegen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtels nur die Einwendungen der Zahlung, der Compensation, des Erlasses und des Vergleiches für zulässig erklären, keineswegs gerechtfertigt, indem die Vorschrift des §. 4. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 nicht bezweifeln läßt, daß der Exequendus, wenn der Gläubiger in dem ohne seine Zuziehung wider den überwiesenen Schuldner geführten Processe unterlegen hat, bei der demnächst auf den Antrag des erstern fortgesetzten Execution, vollkommen berechtigt sein muß, auch den Einwand zur Erörterung zu stellen, daß er selbst, wenn er zugezogen worden wäre, ein anderes Resultat herbeigeführt würde haben und die in dem §. 36. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. u. §. 96. der Verordnung vom 4. März 1834 enthaltenen Beschränkungen auf solche Einreden, zu welchen der Gläubiger selbst erst in der Exekutionsinstanz Veranlassung gegeben hat, überhaupt gar nicht bezogen werden kann.

Digitized by Google

Das angefochtene Erkenntniß unterliegt sonach der Vernichtung und es mußte zugleich auch das erste Erkenntniß, wie geschehen, abgeändert werden.

Der erste Richter hat den Anspruch des Klägers unbedingt verworfen, weil nach §. 1. des Gesetzes vom 4. Juli 1822 nur Activforderungen, welche eine bestimmte Summe zum Gegenstande haben, im Wege der Execution überwiesen werden könnten. Doch ist auch dieser Einwand nicht für durchgreifend zu erachten. Dem §. 3. des Gesetzes vom 21. März 1835 zufolge, ist der Veräußerer eines Grundstücks, wenn der Erwerber nicht bloß die darauf haftenden Hypothekenschulden übernommen, sondern sich auch außerdem zu deren Tilgung persönlich verpflichtet hat, zur Abtretung seines Anspruches aus einem solchen Versprechen an den betreffenden Gläubiger befugt. Der Zweck dieser Vorschrift geht ohne Zweifel dahin, die Verhältnisse, welche zwischen den verschiedenen bei der Uebernahme solcher Posten und der von dem Käufer eingegangenen Verbindlichkeit, sie zu berichtigen, concurrirenden Interessenten, obwalten, zu vereinfachen und dem Gläubiger ein Mittel zu gewähren, sich unmittelbar an den ihm weder an sich noch auf Grund der mit dem Veräußerer getroffenen Vereinbarung persönlich verhafteter Erwerber halten zu können. Der erwähnte Anspruch muß, zumal wenn jener Zweck nicht in vielen Fällen vereitelt werden soll, in gleichem Maaße den Gegenstand einer Ueberweisung wie einer freiwilligen Cession bilden können, und es findet zugleich das hiergegen von dem ersten Richter erhobene Bedenken darin seine Erledigung, daß die Ueberweisung eines solchen Anspruchs an den Gläubiger, der seine Befriedigung verlangt, wenigstens dem letzten Resultate nach, im Wesentlichen wirklich nicht von der Ueberweisung einer Geldforderung zu unterscheiden ist. Wenn

Digitized by Google

der Gläubiger gegen den Erwerber als seinen eigentlichen persönlichen Schuldner auf Zahlung dringt; so kann letzterer von dem Erwerber, sollte sich dieser auch nur zu seiner Liberation verpflichtet haben, auf Grund einer dergleichen Vereinbarung seine Befreiung durch Zahlungsleistung an den Gläubiger fordern, und es bedarf mithin nur einer Vereinigung der Rechte des Gläubigers mit denen des Erwerbers in der Person des ersteren, um ihn in den Stand zu setzen, sich unmittelbar selbst an den Erwerber wegen seiner eigenen Befriedigung zu halten. Jene Vereinigung wird durch die dem Gläubiger ertheilte Ueberweisung des dem Veräußerer gegen den Erwerber zustehenden Anspruches bewirkt und diese Ueberweisung kann unter den vorwaltenden Umständen keinen andern Sinn haben, als daß der Gläubiger dadurch befähigt werden soll, eine bestimmte Geldsumme, deren Abführung an ihn der Veräußerer von dem Erwerber hätte fordern können, anstatt des ersteren von dem letzteren für sich beizutreiben.

Hieraus folgt aber zugleich, daß es in der Sache keinen wesentlichen Unterschied machen kann, wenn auch der Verklagte und E. sich in dem Vertrage vom 12. September 1846 nur zur Befreiung des von A., der die in Rede stehenden 5000 Thlr. von dem F. S. selbst aufgenommen, von seiner persönlichen Verbindlichkeit, verpflichtet hat, und daß Kläger, obgleich ihm ausdrücklich nur der Anspruch des von A. aus dem diesem letzteren von dem Verklagten und dem E. geleisteten Versprechen überwiesen worden, nichts destoweniger zur Einklagung der gedachten Summe für befugt erachtet werden muß.

Digitized by Google

№ 31.

Vererbliches Besitzrecht an zu Lehen gegebenen Colonaten.

Ist ein bäuerliches Grundstück zu Lehen, und demnächst von dem Vasallen an einen bäuerlichen Besitzer in Pacht gegeben, so steht der Erwerbung eines vererblichen Besitzrechts Seitens des Colonen, sofern die gesetzlichen Criterien desselben vorhanden sind, der mangelnde Nachweis der Genehmigung des Lehnsherrn nicht entgegen. Präjudiz 2513.

§. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 über die den Grundbesitz betreffenden Rechtsverhältnisse und die Realberechtigungen in den Landestheilen, welche vormals zu den französischen Departements eine Zeit lang gehört haben. No. 946. Ges.-Samml. S. 112. II. Feud. 52. u. 55.

Das in dem vormaligen Bisthum Münster belegene sogenannte M. Erbe war früher ein von der Fürstlich Münsterschen Lehnkammer relevirendes Lehn; als solches aber nachweislich seit länger als hundert Jahren von den Vasallen einem bürgerlichen Wirth in Pacht gegeben. Zuletzt hatte im Jahre 1807 der Kaiserlich Oestereichische Obrist N. die Belehnung mit dem M. Erbe empfangen und bis zu seinem Tode die Pacht von dem Colonen bezogen. Während seines Lebens war inzwischen der Theil des Bisthums, in welchem das M. Erbe liegt, mit dem damals französischen Lippe-Departement vereinigt, und die dort bis dahin in Kraft gewesene, auf dem gemeinen deutschen Rechte ruhende Lehnsverfassung aufgehoben worden.

Der Geheime Regierungsrath von C., als mittelbarer

Digitized by Google

Erbe des letzten Vasallen, erachtete sich durch diese Sachlage berechtigt, gegen den Colonen M., welcher sich im Besitze des Erbes befindet, Klage zu erheben, mit dem Antrage, den Verklagten zu verurtheilen, den Kläger als Eigenthümer des früher lehnrührigen Colonats M. Erbe anzuerkennen. Kläger erachtete den bisherigen Besitz des Colonen und seiner Vorfahren, — seinem Rechtsanspruche gegenüber, für unerheblich, da sein Erblasser, der letzte Vasall, sowie auch die früheren Vasallen, nach den vorgelegten bis 1701 hinaufreichenden Lehnbriefen, von der Fürstlichen Lehnkammer mit dem M. Erbe belehnt worden, und Ersterer durch die, die Lehnsverfassung aufhebende französische Gesetzgebung, Eigenthümer des Lehnguts geworden, — auch die von dem Vasallen geschehene Verpachtung des Lehns — ohne die Genehmigung des Lehnsherrn eine, dessen Rechte beeinträchtigende Uebertragung des erblichen Besitzrechts an die Pächter, — nach den Lehnsgesetzen, als eine die Substanz des Lehns afficirende Veräußerung unstatthaft gewesen sei.

Der Verklagte widersprach der Klage, behauptete das Dasein aller Criterien eines vererblichen Besitzrechts und zugleich, daß die Lehnseigenschaft des Colonats, der Begründung eines erblichen Besitzrechts nicht im Wege stehe.

Das Gericht erster Instanz, das Kreisgericht zu Borken, verurtheilte am 25. September 1852 den Verklagten nach dem Klageantrage, aber lediglich deshalb, weil der Verklagte den ihm obliegenden Beweis seines erblichen Besitzrechts nicht erbracht habe. Auf Appellation des Verklagten reformirte das Appellations-Gericht zu Münster unterm 21. April 1853 das erste Erkenntniß, indem dasselbe das Vorhandensein derjenigen Criterien, welche das erbliche Besitzrecht des Colonen charakterisiren, für erwiesen annahm, — die Lehnseigenschaft des Guts aber, diesem Beweise

Digitized by Google

gehenden, für unerheblich erachtete, und erkannte auf Abweisung der Klage.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat auf erhobene Revision des Klägers das Appellations-Erkenntniß durch Urtel vom 11. März 1854 bestätigt, und zwar, soviel den zuletzt genannten, von dem Revidenten in dritter Instanz vorzugsweise geltend gemachten, der Lehnseigenschaft des streitigen Colonats entnommenen Klagegrund belangt, aus folgenden

Gründen.

Es ist zwar dem Vasallen untersagt, das Lehen an einen in der Investitur nicht begriffenen Dritten zu veräußern (II. feud. 55.). Der Kaiser Friedrich I. verbietet die Veräußerung der Lehne als Allod, und faßirt dieselbe: „nullius temporis praescriptione impediente.“

Allein der Sinn und die Absicht des Gesetzes ergiebt sich zugleich aus dem übrigen Inhalte desselben. Die Disposition der II. feud. 55. bezieht sich lediglich auf den Kriegsdienst, welcher damals an die Lehnspflicht geknüpft war. Durch Veräußerung der Lehne als Allod wurden den Lehnsherren die damit verbundenen Kriegsdienste entzogen. (debita servitia amittebant et honor imperii et utilitas felicis expeditionis complementum minuebatur, II. feud. 55.)

In gleicher Weise wird in der ferneren vom Revidenten angezogenen Gesetzesstelle II. f. 52. ausgesprochen, wie die Erfahrung, daß Kriegsleute ihre Lehne veräußerten, sich dadurch dem Dienste entzögen, und dadurch die Kraft des Reichs schwächen, den Gesetzgeber zum Verbot solcher Veräußerungen verpflichtete. Diese Gesetze gründen und beschränken sich demnach auf das persönliche Element des Lehnsverhältnisses, weshalb auch nur diejenigen Veräußerun-

Digitized by Google

gen durch dieselben betroffen werden, welche nach der ehemaligen Kriegsverfassung dem Lehndienste Eintrag thaten.

Mäurerbrecher, Teutsches Privatrecht Bd. I. §. 249.

Philipps, Grundsätze des Privat- u. Lehnrechts Thl. II. §. 224.

Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte §. 226.

Erlaubt war daher dem Vasallen die Einräumung solcher Befugnisse und Gerechtsame an dem Lehne, wodurch an sich dem Lehndienste nicht entzogen. (II. feud. 8. Philipps a. a. O. Note 4.)

Dieses vorausgeschickt, ist es wohl unbestreitbar, daß einmal, dem Vasallen die Befugniß ein bäuerliches Grundstück zu Colonatrechten auszuthun, nicht entnommen ist, wenn nicht dargethan wird, daß dadurch der Vasall außer Stand gesetzt wird, seine Pflichten gegen den Lehnherrn zu erfüllen; daß aber eine solche Verhinderung vorliegend nicht eingetreten, beweist schon die mehr als hundertjährige, vom Lehnsherrn nicht angefochtene Dauer des bestehenden Verhältnisses. Sodann aber steht es auch dem Kläger nicht zu, jetzt die Rechte des Lehnsherrn geltend zu machen. Wenn auch der Lehnsherr aus dem vorstehend angeführten Grunde befugt gewesen wäre, die Einräumung eines erblichen Besitzrechts anzufechten, so ist dieses doch nicht geschehen. Es ist schon hervorgehoben, daß die Errichtung eines erblichen Colonats aus doppeltem Grunde nicht unter die Veräußerungen des Longobardischen Lehnrechts II. f. 52. und 55. fällt; wie dieses auch aus denselben Gründen

Pütz, Lehrbuch des Lehnrechts §. 136. und

Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht rc. §. 287. S. 596.

annehmen, und als von der deutschen Praxis recipirt

Weber, Handbuch des rc. Lehnrechts Thl. IV. §. 263. und

Dollmer, Erläuterungen des rc. Lehnrechts §. 263.

Digitized by Google

bezeugen. Die Hingabe eines bäuerlichen Grundstücks zu erblichem Besitzrechte ist daher, wenn nicht die in II. §. 52. und 55. hervorgehobenen, die Lehnspflichten des Vasallen afficirenden Momente obwalten, wider kein Verbotsgesetz. Ueberdies hat den Lehnsherr die Rechte, welche ihm, nach der Auffassung des Reviedenten, auf Heimfall des Lehns zugestanden haben würden, nicht nur nicht geltend gemacht, sondern sogar in dem Zustande, in welchem sich dasselbe weit über Menschen Gedenken hinaus, im Jahre 1807 befand, dem Obristen R., von dem der Kläger seine Rechte ableitet, verliehen. Ein evidenter Beweis, daß die Auflösung des Lehnsverhältnisses, welches, im Falle der Anwendbarkeit der mehrerwähnten Lehnsgesetze, und der Geltendmachung derselben durch den Lehnsherrn, die ipso jure eingetretene Folge derselben gewesen sein würde, gar nicht stattgefunden hat. Zur Zeit der Belehnung des Obristen R. war also nur das dominium directum des M. Erbe, Gegenstand der Belehnung, — weil sich das gutsherrlich und bäuerliche Verhältniß bereits in dieser Weise ausgestaltet hatte. Daß diesem die Bezeichnung im Lehnbriefe „Lehngut M." nach dem Sprachgebrauche der Zeit (auch das, mit dem dominium utile nicht verbundene dominium directum eines Colonats mit dem Gutsnamen zu benennen) — nicht entgegensteht, bedarf keiner Ausführung. In diesem Stadium der Entwickelung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses wurde dasselbe von der fremdherrlichen Gesetzgebung betroffen, der Lehnsnexus aufgelöst, der Vasall Eigenthümer des verliehenen Rechts, und der Kolon, dem ein erbliches Besitzrecht, ein dominium utile zustand, voller und unbeschränkter Eigenthümer des Erbes. Der Beweis, daß hier die rechtlichen und factischen Bedingungen eines erblichen Besitzes vorliegen, genügt vollständig, um dem Verklagten die Rechte zu erhal-

Digitized by Google

ten, welche der §. 15. des Gesetzes vom 21. April 1825 sanctionirt hat, und es begründet diese Auffassung auch die Ueberzeugung, wie jetzt, nach Aufhebung des Lehnsnexus, die vom Revidenten, nicht als Gutsherr und Vasall, — sondern aus dem Rechte des Lehnsherrn, — wegen dessen nicht nachgewiesener Genehmigung — angestellte Klage, aller Legitimation ermangelt. Die actio feudi revocatoria ist mit dem Lehnsnexus erloschen, weil sie aus dem Begriffe und dem Wesen des Lehenverhältnisses hervorgegangen war, und dennoch enthält die Klage des Revidenten in der That nichts anderes als eine Revocatorienklage. Es genügt dieses, um ihre Haltlosigkeit aufzuzeigen.

Schließlich ist vom Revidenten übersehen, daß es sich hier nicht von Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses durch Willenserklärungen der Interessenten, sondern durch das Gesetz handelt. So wenig in den Fällen, — wo bei dem Vorhandensein der objectiven Criterien des erblichen Besitzes eines Colonats, das gutsherrliche Recht mit keinem Lehnsnexus vinculirt ist, das Aufhören des dominii directi von einer Einwilligung des jeweiligen Gutsherrn abhängig ist, — ebensowenig macht das Gesetz diese Umwandlung, bei dem Zusammentreffen eines Lehnsnexus mit einem gutsherrlich bäuerlichen Verhältniß, abhängig von der Genehmigung des Lehnsherrn. Es genügt, wenn die, sei es nach dem Gesetze vom 21. April 1825 (No. 939. der G. S.) im §. 22. aufgezählten, sei es die gemeinrechtlichen, durch einen Gegenbeweis nicht entkräfteten, objectiven Criterien, vorhanden sind, ebensowohl da, wo nur der Gutsherr, als da, wo Gutsherr und Lehnsherr dem bäuerlichen Besitzer gegenüber steht; indem weder das Gesetz einen solchen Unterschied macht, noch derselbe aus der Natur des Rechtsverhältnisses hervorgeht. Vielmehr fehlt es an allem Grunde zu

Digitized by Google

der Voraussetzung, daß man der aufgehobenen Lehnherrlichkeit in Bezug auf die Umwandlung des gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisses eine größere Berechtigung habe belassen wollen, als dem Rechte des Gutsherrn.

Der §. 38. und 48. ff. des Gesetzes vom 21. April 1825 (No. 940. der Ges.-Samml.) treten einer solchen Annahme vielmehr direct entgegen. Es ist hier an das Dasein der objectiven Criterien zugleich das subjective Element der stillschweigenden Zustimmung zu den, sich im Laufe eines Jahrhunderts gleichförmig und unverändert erhaltenen factischen Zuständen geknüpft, und diese Rechtsvermuthung wirkt, da, wo es sonst der Zustimmung von Vasallen und Lehnsherrn bedurft haben würde, gegen beide.

Von welchem Gesichtspunkte man daher auch den Anspruch des Revidenten auffassen mag, so erscheint er überall ohne rechtliche Begründung.

№ 32.

Unterbrechung der Verjährung von Rückständen fortwährender Abgaben und Leistungen. Fortdauer der Abgaben, in welche Dienste zu persönlichen Bedürfnissen umgewandelt sind.

I. Die Vorschrift im §. 5. No. 3. des Gesetzes wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 über den Anfang der Verjährung der in den §§. 1. und 2. dieses Gesetzes gedachten Forderungen ist für die, nach §. 19. daselbst nach erfolgter Unterbrechung neu beginnende Verjährung nicht maaßgebend, der

Digitized by Google

Anfang dieser neuen Verjährung ist vielmehr nach den Vorschriften der §§. 554 ff. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. zu bestimmen. Präj. 2503.

Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 (Ges.-Samml. S. 249.). §§. 5. und 10.

II. Das Sistirungs-Gesetz vom 9. October 1848 beziehet sich nicht auf Rückstände der darin gedachten Abgaben und Leistungen. Die Fortsetzung der Verjährung in Bezug auf diese Abgaben und Leistungen ist durch jenes Gesetz nicht unterbrochen. Präjudiz 2504.

Gesetz, betreffend die Sistirung der Verhandlungen über die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse ꝛc. vom 9. October 1848 (Ges.-Samml. S. 276.). §§. 1. und 2.

Deklaration v. 3. Juli 1849 (Ges.-Samml. S. 249.).

A. L. R. Tit. 9. Thl. I. §. 529.

III. Die im §. 3. No. 8. des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. vom 2. März 1850 ausgesprochene, unentgeltliche Aufhebung der zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmten Dienste ist nicht auf Abgaben auszudehnen, in welche solche Dienste umgewandelt worden sind. Präj. 2505.

Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. vom 2. März 1850 (Ges.-Samml. S. 77). §. 3. No. 8.

Die Gemeinde S. war verpflichtet, der Gutsherrschaft alljährlich zu Marien bestimmte Abgaben unter dem Namen: Wachs- und Botengeld zu zahlen, und ist damit für die Jahre 1841 — 1850 rückständig geblieben. Der Gutsherr

klagte gegen sie am 24. September 1851 auf Zahlung des Wachegeldes für die Jahre 1844—1847 einschließlich, weil dasselbe durch das Ablösungs-Gesetz vom 2. März 1850 seit dem Jahre 1848 unentgeltlich aufgehoben worden, forderte dagegen das rückständige Botengeld für die Jahre von 1844 bis 1850 einschließlich. Die verklagte Gemeinde erkannte ihre Verpflichtung zur Zahlung beider Abgaben nur für das Jahr 1847 an, und setzte dem Anspruche für die früheren Jahre den Einwand der Verjährung aus dem Gesetze vom 31. März 1838, dem Anspruche auf das Botengeld für die folgenden Jahre aber die Behauptung entgegen, daß dasselbe nach §. 3. No. 8. des Gesetzes vom 2. März 1850 seit dem Jahre 1848 unentgeltlich aufgehoben sei. Dem erstgedachten Einwande suchte der Gutsherr durch die Berufung auf eine, wegen der streitigen Rückstände angeblich im Jahre 1847 bei dem vormaligen Patrimonial-Gerichte gegen die Gemeinde angestellte Klage und ein hierauf an ihn ergangenes Stundungsgesuch vom 3. October 1847, wodurch die Verjährung unterbrochen worden, zu begegnen, und trug der Verklagten, da die von ihr bestrittene Klage nicht aufzufinden, auch die Beziehung des gedachten Stundungsgesuchs auf dieselbe, resp. die eingeklagten Rückstände, geleugnet war, über die Verneinung der Thatsache, daß die erwähnte Klage im Jahre 1847 angestellt worden, einen Eid an, dessen Abnahme aber nicht erfolgte, weil die vom Kläger bezeichneten Mitglieder der verklagten Gemeinde denselben zwar annehmen, aber hiernächst nur de ignorantia ablegen wollten.

Den Einwand gegen das Botengeld erachtete der Kläger für unbegründet, weil der Beweis fehle, daß dasselbe für Dienste zu zahlen sei, welche zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmt gewesen,

Digitized by Google

weil außerdem auch der §. 3. No. 8. des Gesetzes vom 2. März 1850 nur von Diensten, nicht aber von Abgaben spreche.

Das Kreisgericht zu Hirschberg erkannte die verklagte Gemeinde für schuldig, das rückständige Wache- und Botengeld für die Jahre von 1844—1847 an die Gutsherrschaft nachzuzahlen, weil dieselbe den ihr angetragenen, oben gedachten Eid nicht de veritate habe ableisten wollen, wies dagegen den Kläger mit dem mehrgeforderten Botengelde auf Grund der Vorschrift im §. 3. No. 8. des Gesetzes vom 2. März 1850 zurück.

Auf die von der Gemeinde gegen diese Entscheidung eingeführte Appellation änderte das Appellations-Gericht zu Breslau dieselbe unterm 15. September 1853 ab und wies den Kläger mit seiner Forderung der Rückstände von Wache- und Botengeld für die Jahre 1844—1846 einschließlich ebenfalls zurück, bestätigte dagegen auf den Recurs des Klägers in Bezug auf das Botengeld das erste Erkenntniß.

Der Kläger führte gegen das Appellations-Erkenntniß die Nichtigkeits-Beschwerde ein, welche der zweite Senat des Ober-Tribunals in Bezug auf die, für die Jahre 1844—1846 rückständigen Wache- und Botengelder zurückwies, in Bezug auf das Botengeld für die Jahre 1848—1850 für begründet erachtete. Die

Gründe

zu dem betreffenden Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 21. März 1854 lauten wie folgt:

Die Nichtigkeits-Beschwerde, welche in Gemäßheit der Allerh. Cabinets-Ordre vom 23. November 1839 (Ges. S. S. 386.) nach dem Präjudiz No. 1968 (Entsch. Bd. XV. S. 507.) auch gegen die Entscheidung des Appellations-Richters über den Recurs des Klägers zulässig ist, muß in

Digitized by Google

Bezug auf diesen für begründet erachtet, im Uebrigen aber zurückgewiesen werden.

1. In Bezug auf die Rückstände aus den Jahren 1844 bis 1846 sagt der Appellations-Richter: „Durch Einreichung der Klage im Jahre 1847 würde die Verjährung nach §. 551. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. unterbrochen worden sein, ohne daß es hierzu noch deren Behändigung an die Verklagte bedurft hätte; es sei aber in contumaciam anzunehmen, daß die nach dem §. 10. des Gesetzes vom 31. März 1838 begonnene neue Verjährung schon vor dem 24. September 1851, als dem Tage der Präsentation der vorliegenden Klage, vollendet gewesen sei, da der Kläger nicht näher angegeben und nachgewiesen habe, daß die Klage vom Jahre 1847 vor dem 24. September dieses Jahres eingereicht worden oder zurückgenommen sei."

Der Impleorant meint, daß es hieraus nicht ankomme, weil nach §. 10. des Gesetzes vom 31. März 1838 zur Vollendung der nach der Unterbrechung der Verjährung beginnenden neuen Verjährung nicht nur eine, der ursprünglichen gleichkommende Frist genüge, sondern auch erforderlich und nach §. 2. No. 5. und §. 5. No. 3. a. a. O. die neue Verjährung erst am 31. December 1851 vollendet gewesen sei. Hierin irrt er aber.

Der §. 2. No. 5. a. a. O. bestimmt zwar zur Verjährung durch Nichtgebrauch für alle zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen eine Frist von 4 Jahren, und der §. 5. No. 3. bezeichnet für solche Forderungen als Anfangspunkt der Verjährung den auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten December; §. 10. a. a. O. sagt aber nur: „Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist," und bestimmt über

Digitized by Google

den Anfangspunkt dieser neuen Verjährung nichts. Es kann dieser mithin nur nach den allgemeinen Regeln über den Anfang einer, nach Unterbrechung der Verjährung neu beginnenden Verjährung festgestellt werden, und er ist nicht abhängig von dem Beginne der unterbrochenen Verjährung, resp. von den Vorschriften, welche für diese maaßgebend gewesen sind.

Die Anmeldung der Klage wegen rückständiger Abgaben erneuert auch nicht den Zahlungstag, und der §. 5. Nro. 3. a. a. O. paßt in keiner Weise für die Bestimmung des Anfangspunktes der neuen Verjährung. Nach §. 554. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. fängt von dem Tage ab, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, die neue Verjährung gegen ihn an, und der Appellations-Richter hat mithin die §§. 551. 554. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. so wenig als die §§. 2. Nr. 5. und 5. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. März 1838 verletzt, wenn er den Nachweis vermißt, daß die Unterbrechung der Verjährung durch die Anmeldung der nicht weiter verfolgten Klage vom Jahre 1847 in einem Zeitpunkte geschehen sei, von wo ab bis zur Einreichung der vorliegenden Klage eine Frist von 4 Jahren noch nicht abgelaufen gewesen. —

Unrichtig ist aber auch die Behauptung des Impetranten, daß durch das Gesetz vom 9. October 1848 der Rechtsweg in Bezug auf die streitigen Abgaben-Rückstände sistirt gewesen sei. Dieses Gesetz sagt §. 2: „Von Amtswegen werden sistirt: 1. die bei den im §. 1. gedachten Behörden (über Regulirungen und Ablösungen) anstandenen und noch nicht rechtskräftig entschiedenen Prozesse, jedoch mit Vorbehalt interimistischer Festsetzung über die laufenden Leistungen; 2. alle bei dem Gerichten oder den Ablösungsbehörden schwebenden Prozesse über

folgende Rechtsverhältnisse" ꝛc.; und unter diesen werden Litt. n. die Dienste zur Bewachung gutsherrlicher Gebäude oder sonstiger Grundstücke, so wie Dienste zu häuslichen Verrichtungen der Gutsherrschaft oder deren Beamten, resp. Botendienste und Abgaben, welche lediglich die Stelle der vorbenannten Dienste und Leistungen vertreten, genannt.

Nur also die Prozesse über Rechtsverhältnisse der Art, d. h. über die Frage, ob dergleichen Verpflichtungen rechtlich bestehen? sind sistirt worden, nicht aber die Prozesse über Rückstände, gegen welche der Einwand, daß das Recht nicht bestehe, nicht gemacht worden ist. Eine Klage wegen rückständiger Abgaben der Art konnte und mußte daher auch während der Herrschaft jenes Gesetzes eingeleitet und abgewartet werden, ob der Verklagte einen solchen Einwand erheben würde. Erst dann war der Prozeß zu sistiren, nicht von vornherein, und wenn der Kläger nicht nur nicht behauptet hat, daß die Verklagte auf die Klage vom Jahre 1847 die rechtliche Existenz der geforderten Abgaben bestritten habe, das angeblich darauf erfolgte Stundungsgesuch vom 3. October 1847 vielmehr ein Anerkenntniß der Verpflichtung in sich schließe, so ist jene Klage von dem Gesetze vom 9. October 1848 in keiner Weise betroffen gewesen. Daß sich dasselbe außerdem auf Rückstände bezogen habe, läßt sich aber nicht annehmen. Nachdem durch das, in der Sitzung der National-Versammlung vom 19. Juni 1848 vorgelegte Promemoria des Freiherrn v. P. vom 10. Juni dss. Jahres, und demnächst durch den, von dem Königl. Staats-Ministerium in der Sitzung vom 11. Julius 1848 übergebenen Entwurf eines Gesetzes wegen unentgeltlicher Aufhebung verschiedener Lasten und Abgaben den Pflichtigen die Befreiung davon in Aussicht gestellt worden war, wollte man durch das Sistirungsgesetz vom 9. October 1848 von

selben die Vortheile der zu erwartenden neuen Gesetze von dessen Publikation an sichern, und mit Rücksicht hierauf ist auch dem Ablösungsgesetze vom 2. März 1850 zum Theil rückwirkende Kraft bis dahin verliehen worden.

§§. 76. 81. a. a. O.

Schuhmann, Erläuterungen ꝛc. S. 102.

Dagegen sagt der §. 99. a. a. O. im ersten Satze ausdrücklich: „Das gegenwärtige Gesetz findet, insoweit nicht in demselben ausdrücklich eine Ausnahme angeordnet wird, auf vergangene Fälle keine Anwendung;“ und weiterhin: „Ebensowenig begründen jene Bestimmungen des Absch. I. (wegen unentgeltlicher Aufhebung gewisser Rechte und Pflichten) einen Einwand gegen Zahlung der bis zu dem genannten Tage (d. i. dem Tage der Verkündung des Gesetzes vom 9. October 1848) fällig gewordenen Rückstände, noch einen Anspruch auf Erstattung oder Entschädigung.“

Das Gesetz vom 9. October 1848 behält im §. 2. Nr. 1, wie oben gedacht, für die laufenden Leistungen sogar eine interimistische Festsetzung vor, ließ dagegen die rückständigen außer Acht; offenbar, weil sie davon nicht betroffen werden sollten, und die Declaration dieses Gesetzes vom 3. Juli 1849 (Ges. S. S. 249) bestimmt nur, daß auch diejenigen Prozesse zu sistiren, in welchen bereits bezahlte Besitzveränderungs-Abgaben zurückgefordert werden, sofern hierbei Streit über die Existenz der Verpflichtung der Besitzveränderungs-Abgabe entstehe. Diese Declaration spricht hiernach nicht nur nicht für die Ansicht des Impetranten, bestätiget vielmehr die vorangehende Ausführung über die Sistirung der Prozesse wegen der Rückstände aus der Zeit vor Verkündung des Gesetzes vom 9. October 1848. Demgemäß kann aber nicht angenommen werden, daß die Fassung der Verjährung durch dieses Gesetz so lange

Digitized by Google

unterbrochen gewesen sei, als es in Geltung gewesen ist, und der Vorwurf des Imploranten, daß der Appellations-Richter gegen den §. 529. Thl. I. Tit. 9. verstossen habe, trifft nicht zu.

2. In Bezug auf die, für die Jahre 1848 — 1850 geforderten Botengelder setzt zwar der Appellations-Richter fest, daß sie an die Stelle von früheren Diensten zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und deren Beamten getreten sind. Selbst aber unter dieser thatsächlichen Voraussetzung findet der §. 3. No. 8. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 keine Anwendung, da er als unentgeltlich aufgehoben nur bezeichnet: „alle Dienste zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten," nicht aber auch Abgaben, in welche solche Dienste umgewandelt worden sind und um so weniger anzunehmen ist, daß diese davon betroffen werden, als in den vorangehenden und nachfolgenden Bestimmungen des §. 3, namentlich sub No. 5. 6. 7. 9. 10. ausdrücklich Dienste, Abgaben und Leistungen, unter No. 8. aber nur Dienste genannt sind, und die Umwandlung der Dienste in Dienst- (Boten) Geld als eine Novation erachtet werden muß, vermöge deren die ursprüngliche Dienstpflicht erloschen war (Entsch. Bd. IV. S. 201. ff.). Der Vorwurf, daß der Appellations-Richter den §. 3. No. 8. des Gesetzes vom 2. März 1850 verletzt habe, ist daher begründet, und seine Entscheidung muß, insoweit sie die rückständigen Botengelder aus den Jahren 1848. 1849. betrifft, vernichtet werden.

Digitized by Google

№ 33.

Ersatzverbindlichkeit der Eisenbahn-Gesellschaft bei Beschädigungen auf der Bahn.

1. Die Anwendbarkeit der Vorschrift des §. 25. des Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838:

> Die Gesellschaft ist zum Ersatze verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf denselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht,

ist auf den Fall, daß die Personen- und Güterzüge sich gerade in Thätigkeit befinden, nicht beschränkt.

2. Dem §. 25. a. a. O. zufolge ist die Gesellschaft verpflichtet, dem so Beschädigten allen Schaden zu ersetzen, sie darf ihm aber nicht außerdem auch noch den entgangenen Gewinn vergütigen. Präjudiz No 2517.

Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. Novbr. 1838. §. 25. (Ges. Samml. S. 510.)

Die von Groß-Oschersleben nach Hornhausen führende Chaussee durchschneidet unfern Oschersleben auf preußischem Gebiete die Herzoglich-Braunschweigische Staats-Eisenbahn zwischen Oschersleben und Braunschweig. Am 21. December 1851 ist der Domainenpächter W. auf seinem Wege nach Hornhausen beim Ueberfahren über diese ungesperrte

Digitized by Google

Eisenbahn durch eine von Oschersleben herkommende einzelne Locomotive, die mit dem Wagen, auf welchem er sich befand, zusammenstieß, am Kopfe und Arm erheblich beschädigt worden. Gestützt auf den §. 25. des Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen fordert der W. von der Herzoglich-Braunschweigischen Regierung, daß sie ihm für diese Beschädigung vollständige Genugthuung gewähre. Hierzu wollte sich die Verklagte indessen nicht verstehen, sie hielt den allegirten §. 25. schon um deshalb für ausgeschlossen, weil die gedachte Locomotive damals keinen Personen- oder Güterzug befördert habe, sondern nur im innern Dienste beschäftigt gewesen sei, wandte eventualiter aber auch ein, daß die Beschädigung des Klägers lediglich einem unabwendbaren äußern Zufalle beizumessen sei, und daß sie immer nur für allen Schaden, welcher dem Kläger erweislich entstanden, aufkommen dürfe.

Das Kreisgericht zu Halberstadt legte allein auf den letzten Einwand der verklagten Eisenbahn-Verwaltung Gewicht und verurtheilte in seinem Erkenntnisse vom 25. Juni 1853 die Letztere daher nur, dem Kläger den ihm durch jene Beschädigung erwachsenen sowohl unmittelbaren, als mittelbaren Schaden zu ersetzen, wies den Kläger aber mit der in dem Verlangen auf vollständige Genugthuung enthaltenen Mehrforderung ab. Dagegen verwarf das hiesige Appellations-Gericht auch diesen letzten Einwand und erkannte am 2. November 1853 im soweit, abändernd, ganz nach dem Klageantrage. Dieser rechtfertige sich, so ward ausgeführt, schon nach dem §. 25. a. a. O., der dem Publicum bei der besondern Gefährlichkeit der Eisenbahn-Unternehmungen einen größern Schutz gewähren, also die Ersatzverbindlichkeit der Gesellschaft gegen die allgemeinen Grundsätze keineswegs beschränken, sondern erweitern wolle;

Digitized by Google

unbedenklich wäre die Beklagte aber nach den hinderechtlichen Vorschriften verpflichtet, dem Kläger vollständige Genugthuung zu gewähren, da ihr bei der Besahrung der in Rede stehenden Bahnstrecke, ohne vorhergegangenen Verschluß der Barriere, jedenfalls ein grobes Versehen zur Last falle.

Gegen diese Entscheidung hat die Verklagte, soweit die Motive gleichlautend sind, die Nichtigkeits-Beschwerde, gegen deren differenten Inhalt aber die Revision eingelegt; dabei namentlich auch in zweifacher Beziehung eine unrichtige Deutung des allegirten §. 25. gerügt. Nur die Revision ist von dem ersten Senate des Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 24. April 1854 für begründet anerkannt, und demgemäß das erste Erkenntniß wiederhergestellt, und zwar aus nachstehenden

Gründen.

Die Klage vom 2. September 1852 ist auf den §. 25. des gedachten Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838. die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußern Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher von dem Schadenersatze befreiender Zufall nicht zu betrachten, gesetzt, und die beiden Vorrichter haben denselben ihren Entscheidungen hauptsächlich zum Grunde gelegt. Diesem muß daher auch beigepflichtet werden, und die Revision faßt den Begriff des Schadens, welcher bei der Beförde-

Digitized by Google

rung auf der Bahn entsteht," zu eng auf, wenn sie den gedachten §. 25. auf Beschädigungen beschränkt, die sich ereignen, wenn die gewöhnlichen Personen- oder Güterzüge sich in Bewegung befinden. Ein derartiger Transport hat zu der angegebenen Zeit allerdings nicht stattgefunden, namentlich waltet darüber kein Streit ob, daß diejenige Locomotive, die mit dem Wagen, auf welchem Kläger am 21. December 1851 nach Hornhausen fuhr, zusammenstieß, einen Güter- oder Personenzug nicht fortgeschafft hat; dennoch fand damals eine Beförderung auf der Bahn in der That statt: die erwähnte Locomotive ist wirklich hin- und hergefahren und wie die Verklagte selbst es beschreibt, — ohne daß Kläger dem widersprochen hätte — damals als Reservemaschine zum Wassereinnehmen in Bewegung gewesen. Dies genügt offenbar, um die Anwendung des §. 25. zu rechtfertigen. Der letztere verpflichtet die Gesellschaft allgemein zum Ersatz für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn entsteht; von Personen- und Güterzügen, freilich der gewöhnlichsten Art der Beförderung auf Eisenbahnen, ist dabei nicht besonders die Rede, und es kann daher bei der Frage: ob der §. 25. a. a. O. maaßgebend sei oder nicht? auf den speciellen Zweck der jedesmaligen Beförderung nicht ankommen; in Beziehung auf die obige Frage macht es keinen Unterschied, daß die Locomotive nur im innern Dienst benutzt und speciell zum Wassereinnehmen in Bewegung gewesen ist. Gerade durch diese Bewegung der Locomotive unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem am 7. Juli 1852 hier entschiedenen Processe des Fuhrmanns M. wider die Magdeburg-Leipziger Eisenbahngesellschaft; dort hatte sich das Pferd des Klägers bei der Ueberfahrt über den Bahnkörper an der Schienenlage

beschädigt, ohne daß gleichzeitig irgend eine Beförderung auf der betreffenden Bahnstrecke stattgefunden hätte. —

Erscheint der §. 25. a. a. O. für den gegenwärtigen Fall aber maaßgebend, so erledigt sich damit zugleich der Einwand der Beklagten: ihre Ersatzverbindlichkeit sei nur eine subsidiäre und Kläger müsse sich zunächst an den Lokomotivführer D. halten, sofern demselben bei dem erlittenen Unfalle ein vertretbares Versehen zur Last fallen sollte. Die sonstigen, früher erhobenen Einwendungen: daß die angestellte Klage, ohne daß zugleich die einzelnen Entschädigungsforderungen speciell liquidirt würden, nicht gehörig formulirt sei, und daß der Kläger durch das schnelle Heranfahren den entstandenen Schaden selbst verursacht, welche die vorigen Richter mit Recht verwerfen, hat die Revidentin in dritter Instanz selbst nicht weiter geltend gemacht.

Aber auch der, der in Anspruch genommenen Gesellschaft allerdings nachgelassene Beweis, daß der entstandene Schade durch einen unabwendbaren äußern Zufall bewirkt worden sei, ist der Verklagten nicht gelungen. (Die nunmehr folgende desfalsige Ausführung interessirt für den vorliegendenden Zweck nicht und ist daher hier fortgelassen worden.)

Ist die Norm für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits aber in dem mehrgedachten §. 25. des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838, als maaßgebendem Specialgesetze, zu finden, so ist die Gesellschaft — hier also die verklagte Herzoglich-Braunschweigische Regierung — auch nur verpflichtet, dem Kläger „allen Schaden" zu ersetzen, welcher ihm durch den Zusammenstoß der erwähnten Locomotive mit seinem Fuhrwerke entstanden ist und noch entstehen wird. Der Appellations-Richter geht zu weit, wenn er diese Ersatzverbindlichkeit der Beklagten auch auf den, dem Kläger in Folge der erlittenen Beschädigung etwa

Digitized by Google

entgangenen Gewinn ausdehnt, und insoweit war daher auf die Revision der Verklagten das vorige Urtel allerdings abzuändern und der Kläger mit seiner desfallsigen Mehrforderung so, wie es in erster Instanz geschehen, abzuweisen. Die Frage: was unter dem Ausdrucke „allen Schaden" zu dessen Ersatz der allegirte §. 25. die Gesellschaft für verpflichtet erklärt, zu verstehen? muß nach den Begriffserklärungen in den §§. 1. ff. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. beantwortet werden. Danach heißt Schade jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre, oder seines Vermögens. Wird ein solcher Nachtheil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt; entsteht der Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, so ist ein mittelbarer Schaden vorhanden. Vortheile dagegen, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, werden zum entgangenen Gewinne gerechnet. Der Schade setzt daher stets erlittene Nachtheile voraus, während der Gesetzgeber unter entgangenem Gewinn zu erwartende, aber nicht erlangte Vortheile versteht. Daß aber der Ausdruck „Schade" selbst in seiner weitesten Ausdehnung den entgangenen Gewinn nicht unter sich begreift, lehrt deutlich der §. 7. a. a. O. — Zu einer vollständigen Genugthuung gehört der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinnes. Der gesammte Schade und der entgangene Gewinn werden hier ausdrücklich als etwas Verschiedenartiges nebeneinander aufgeführt, und unter einem dritten höhern Gattungsbegriffe: der vollständigen Genugthuung, der in der Vertragslehre als „ganzes Inte-

Digitized by Google

resse" bezeichnet wird (§§. 285—287. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R.), zusammengefaßt.

№ 34.

Beweis des Umfangs regulirungsfähiger bäuerlicher Stellen.

Die im §. 81. des Gesetzes vom 2. März 1850 ausgesprochene rechtliche Vermuthung bezieht sich nur auf den Besitzstand der bäuerlichen Stellen, gegen welchen der urkundliche Beweis vom Gutsherrn zu führen ist. — Die Vorschrift schließt daher den Anspruch der bäuerlichen Wirthe auf eine Erweiterung ihres zur Zeit der Publication des Sistirungs-Gesetzes vom 9. October 1848 vorgefundenen Besitzstandes nicht aus, und beschränkt den desfallsigen Beweis eben so wenig auf Urkunden allein. Präjudiz No. 2536.

Gesetz vom 2. März 1850 (No. 3233.). §. 81.

Die Robotgärtner und Häusler zu S. haben die Vollziehung des Auseinandersetzungs-Recesses, nach welchem sie gegen Wegfall der bisher geleisteten Dienste und Abgaben eine bestimmte Rente an ihren Gutsherrn zahlen sollen, unter andern um deshalb verweigert, weil von der Summe des ermittelten jährlichen Geldwerthes ihrer sämmtlichen Verpflichtungen nicht der Geldwerth derjenigen Grundgerechtigkeiten in Abzug gebracht worden ist, welche sie auf den herrschaftlichen Feldern und im Gutswalde beanspruchen (§§. 80. 83. 84. des Gesetzes vom 2. März 1850). In

Digitized by Google

dieser Beziehung ist festgestellt worden, daß das Graspflücken und Aehrenlesen, die Hütung des Horn- und Schwarzviehes, ingleichen das Rechen der Waldstreu, — welches Alles die Provocaten hierbei im Auge haben — schon seit mehreren Jahren nicht gestattet, und so außer Uebung gekommen ist, eine desfalls beim vormaligen Ober-Landesgericht in Ratibor anhängig gemachte Klage aber keinen Fortgang gehabt hat, dieselbe vielmehr zur weiteren Veranlassung an die Auseinandersetzungs-Behörde abgegeben worden ist. Die General-Commission zu Breslau in ihrem Erkenntnisse vom 30. Juni 1851 hat indessen den Anspruch zurückgewiesen, und dies hat das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen in seinem Urtel vom 17. Juni 1853 bestätigt. In den Entscheidungsgründen heißt es:

> Ebenso wenig kömmt es auf die, angeblich in früherer Zeit von den Stellen der Provocaten auf gutsherrlichen Grundstücken ausgeübten Servituten an; — denn die Provocaten befinden sich geständlich schon gegen funfzehn Jahre nicht mehr in dem Besitze dieser Berechtigungen, und da nach §. 81. des Gesetzes vom 2. März 1850 der Besitzstand zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes vom 9. October 1848 entscheidet, resp. dieser Besitzstand als der rechtmäßige vermuthet wird, diese Vermuthung auch nur durch Urkunden entkräftet werden kann, so verdienet dieser Einwand keine Beachtung, und es kömmt auch nicht darauf an, daß von den Stellenbesitzern schon im Jahre 1847 bei dem gewöhnlichen Gerichte gegen die Gutsherrschaft auf Anerkennung jener Servitute geklagt worden war, da sie noch kein obsiegliches Urtel erstritten hatten; ꝛc.

Die Provocaten haben die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, und diese ist vom zweiten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet, im Urtel vom 11. Juli

Digitized by Google

1854 das Appellations-Erkenntniß vernichtet, in der Sache selbst aber noch nicht definitiv entschieden, sondern eine Nachinstruction verfügt.

Gründe.

Der §. 81. des Gesetzes vom 2. März 1850 lautet, wie folgt:

> Bei der Frage über die zur Stelle gehörenden Ländereien, so wie über die, derselben gegen die Gutsherrschaft zustehenden Berechtigungen und obliegenden Verpflichtungen wird der, zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes vom 9. October 1848 (Ges.-Samml. S. 276.). vorhanden gewesene Besitzstand als der rechtmäßige vermuthet. Diese Vermuthung kann nur durch Urkunden entkräftet werden.

Der letztgedachte Satz, welcher dem, von der Staatsregierung vorgelegten, ursprünglichen Gesetzentwurfe fehlte, ist erst auf Antrag der Agrar-Commission zweiter Kammer hinzugefügt, und zur Beseitigung von Zweifeln, welche aus der früheren Gesetzgebung entlehnt werden könnten, und zur Verhütung vieler, in ihren Endresultaten höchst zweifelhaften Prozesse für nothwendig erachtet, sodann aber im Plenum derselben, wie bei der ersten Kammer, ohne weiteres genehmigt, zur Motivirung der ferneren Vorschrift des Paragraphen dagegen speciell nichts angeführt, außer daß im Agrar-Commissionsbericht der ersten Kammer darauf hingewiesen wird, wie der Beweis über den Besitzstand zur Zeit des Gesetzes vom 9. October 1848 selbst in keiner Weise verschränkt, sondern nur die, für den nachgewiesenen Besitz sprechende Vermuthung der Redlichkeit lediglich durch eine Urkunde soll entkräftet werden können.

vergl. Schuhmann, Erläuterungen zum Gesetze vom 2. März 1850 bei §. 81. S. 91.

Digitized by Google

Wulffen, die neuen Agrar-Gesetze des preußischen Staates vom 2. und 11. März 1859. S. 118.

Aus den Worten des §. 81. a. a. O. ergiebt sich nun zunächst so viel, daß in demselben nur eine Vermuthung zu Gunsten der bäuerlichen Wirthe hat aufgestellt werden sollen, dahin nämlich, daß der beim Erlaß des Gesetzes vom 9. October 1838 vorgefundene Umfang und Besitzstand ihrer resp. Stellen auch ein rechtmäßiger gewesen sei; sie haben also keinen Beweis der besonderen Verleihung oder des Titels ihres Besitzes zu übernehmen, und wider jene, gesetzlich ausgesprochene Vermuthung kann daher nur die Gutsherrschaft ankämpfen. Der §. 81. a. a. O. sagt also mit anderen Worten, daß — falls Seitens der Letzteren behauptet werden sollte, daß bei der betreffenden bäuerlichen Stelle in dem critischen Zeitpunkte Ländereien oder Gerechtsame genutzt wären, die nicht zu derselben gehörig seien, mithin auch keinen Gegenstand der Regulirung bilden und von dem Wirthe, als zum Eigenthum zu verleihende, nicht in Anspruch genommen werden könnten — dafür nur ein Urkundenbeweis zulässig bleibe, um dergleichen Ländereien und Gerechtigkeiten von der Regulirung auszuschließen und ohne Weiteres für die Gutsherrschaft zurückzuziehen.

Auf den Fall, wo der bäuerliche Wirth einen größeren als den, bei Publication des Gesetzes vom 9. October 1848 vorgefundenen, präsumtiv also rechtmäßigen Besitzstand beansprucht, paßt hiernach der §. 81. a. a. O. nicht, und konnte auf einen solchen überall auch gar nicht berechnet sein, da — wie gedacht — nur der Besitzstand der bäuerlichen Stelle durch eine gesetzliche Vermuthung gesichert, mithin vorausgesetzt ist, daß dieser einen Angriff erleiden und einer Verkümmerung unterworfen werden solle. Wie wenig jene Vorschrift für die umgekehrte Stellung der Par-

Digitized by Google

teien und ein Verhältniß der hier vorliegenden Art anwendbar bleibt, springt übrigens noch deutlicher in die Augen, wenn man erwägt, daß nicht sowohl der gutsherrliche Grund-Besitzstand, sondern der des bäuerlichen Wirthes, den Gegenstand der Eigenthumsverleihung bildet, und über die anderweiten beiderseitigen Gerechtsame und Verpflichtungen nur eine Berechnung resp. Ausgleichung statt findet, wobei aber wiederum der Reinertrag der Stelle berücksichtigt, und durch besondere Bestimmungen (vergl. §. 81. des Gesetzes vom 2. März 1850) auf Conservation der Wirthe Bedacht genommen worden ist.

Der §. 81. desselben spricht hiernach im Grunde eben das Princip aus, welches bereits im Art. 11. der Declaration vom 29. Mai 1816 niedergelegt war, welcher lautet:

> Der rechtliche Besitzstand zur Zeit der Bekanntmachung des Edictes vom 11. September 1811 dient zur Norm bei Entscheidung der Frage, welche Ländereien zu einer bäuerlichen Nahrung gehören, und von welchen dem Gutsherrn der edictmäßige Antheil gebührt? Behauptet der Gutsherr, daß bei derselben gegenwärtig mehr Grundstücke benutzt werden, als dazu gehören, so muß er den Beweis führen. Geschieht dies, so kann der Gutsherr den Ueberschuß vorweg nehmen, insofern der bäuerliche Besitzer darauf in rechtsbeständiger Art kein Eigenthum oder erbliches Nutzungsrecht erworben hat. Es gilt aber als ein solcher Beweis nicht allein, daß eben jetzt die Aussaat stärker ist, als sie in dem Steuercataster angegeben worden.

Auch dort war schon eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzstandes hingestellt, und vorausgesetzt, daß letzterer von gutsherrlicher Seite angefochten würde. Für einen solchen Fall sollte der Reclamant den Beweis

Digitized by Google

übernehmen, rücksichtlich dessen dann noch besondere Regeln gegeben sind. Es ist bekannt, wie viele Prozesse über den, zur Regulirung zu ziehenden Besitzstand der bäuerlichen Stellen, und mit welchem verschiedenartigen Erfolge dieselben geführt sind, und gerade dies Resultat der Praxis hat den Schlußsatz des §. 81. a. a. O. veranlaßt, durch welchen nur eine bestimmte Art der Beweisführung gegen die, den Bestand des bäuerlichen Wirthes sichernde Vermuthung nachgelassen, folgeweise also von dem Gutsherrn zu übernehmen ist. —

Für den bäuerlichen Wirth, wenn er in die Lage gekommen, klagend wider seinen bisherigen Gutsherrn aufzutreten und Ländereien oder Gerechtsame, die man ihm angeblich widerrechtlich entzogen, zu reclamiren, ist dagegen die Beweisführung an sich nicht beschränkt, und §. 81. des Gesetzes vom 2. März 1850 schließt daher nicht aus, zu behaupten und auf jede sonst gesetzlich zulässige Weise darzuthun, daß zu der betreffenden Stelle mehr Ländereien und größere Berechtigungen gehören, wie beim Erlasse des Sistirungsgesetzes vom 9. Octbr. 1848 bei derselben factisch, präsumtiv also rechtmäßig, besessen und genutzt wurden.

In diesem Sinne hat sogar der Appellations-Richter frühere Fälle bereits entschieden (vergl. Zeitschrift für L. C. G. Bd. 5. S. 161. 162.), und da dies Erkenntniß vom Ober-Tribunal unterm 31. Januar 1854 bestätigt ist, dasselbe auch den §. 81. a. a. O. anderweit in obiger Art zur Anwendung gebracht hat (vergl. Entsch. Bd. 23. S. 125. 126.), jetzt aber nichts vorliegt, was eine Aenderung der rechtlichen Ansicht motiviren könnte, so mußte das appellationsrichterliche Urtel, wegen rechtsgrundsätzlichen Verstoßes nach §. 4. No. 1. der Verordnung vom 14. December 1833, wie geschehen, zwar vernichtet, es konnte aber gleichwohl

Digitized by Google

auf die hier bezügliche Appellation der Provocaten definitiv noch nicht erkannt werden, weil die Ansprüche derselben auf Servituten und Nutzungen, welche ihnen widerrechtlicher Weise entzogen sein sollen, und deren Werth sie für sich in Rechnung gestellt wissen wollen, noch nicht zur Instruction gezogen worden sind, mithin über deren Rechtmäßigkeit auch nicht erkannt ist.

Unter diesen Umständen war also die Sache zur Nachinstruction und Entscheidung in die erste Instanz zurück zu verweisen.

№ 35.

Gesetzliche Aufhebung von Bedingungen in Erbpachtverträgen.

Die Verabredung in einem Erbpachtcontracte, daß der Erbpächter berechtigt sein soll, nach Ablauf einer bestimmten Zeit das volle Eigenthum des Erbpachtstücks wieder an sich zu bringen, ist eben so, wie das dem Erbpächter im Vertrage aufgelegte Verbot der Verschuldung und Belastung, durch die Aufhebung des Eigenthumsrechts des Erbverpächters und die Verleihung des vollen Eigenthums an den Erbpächter außer Wirkung gesetzt. Präjudiz No. 2523.

Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. (Gesetz-Samml. S. 77.). §. 2. No. 2.

Mittelst Contrakts vom 16. Mai 1841 hat die verklagte Schützengesellschaft zu D. dem Kläger ihr Schießhaus nebst Zubehör, — wie es wörtlich heißt — in Erb-

Digitized by Google

pacht gegeben, gegen ein Erbstandsquantum von 800 Thlr. und einen jährlichen Erbzins von 117 Thlr. In den Bedingungen, unter welchen der Vertrag geschlossen ist, kommt vor:

a. „Erbpächter erlangt in den beschriebenen Realitäten das vollständige Nutzungsrecht," hat sich jedoch verpflichtet, alle Baulichkeiten im Stande zu erhalten;

b. hat sich die Verklagte verpflichtet ihre jährlichen Schießvergnügungen im Schießhause zu halten, dagegen der Kläger sich anheischig gemacht, ihr die betreffenden Lokalitäten vorzugsweise einzuräumen;

c. ist der Erbpächter verbindlich gemacht, nur mit Genehmigung der Verklagten an den Gebäuden Veränderungen vorzunehmen oder an deren Stelle andere Gebäude anzulegen.

Ferner ist bestimmt

sub h. daß der Erbpächter in dem Schießgraben und auf den Wällen keinerlei Vieh gehen oder weiden lassen darf;

i. hat sich die Verklagte das Recht, vorbehalten nach Ablauf von 100 Jahren den Erbpachts-Contrakt wieder aufzuheben und sich, unter Rückgabe des Erbstandsquantums von 800 Thlr., das volle Eigenthumsrecht wieder zu verschaffen.

Endlich ist noch verabredet

sub n, daß der Erbpächter, ohne eingeholte Genehmigung der Verklagten, Veräußerungen unter Lebendigen und Verpachtungen nicht vornehmen, auf das Besitzthum keine Schulden contrahiren oder dasselbe mit Realverbindlichkeiten überhaupt nicht belasten soll.

Besage Decrets vom 15. Februar 1842 ist im Hypothekenbuche die Erbpachtsgerechtigkeit für den Kläger eingetragen und die Bedingungen sind darauf sub. rubr. II. vermerkt. Der Kläger hatte auf Grund des Gesetzes vom

Digitized by Google

2. März 1850 auf Löschung der Beschränkungen des ihm angeblich zugefallenen Eigenthums beim Hypothekenbuche angetragen, welcher von der Verklagten widersprochen wurde. Er hat daher seinen Klageantrag dahin gerichtet und aus dem gedachten Gesetze hergeleitet:

daß das Eigenthumsrecht der Verklagten an dem — Schießhause — ohne Entschädigung für aufgehoben zu erachten, das volle Eigenthum daran dem Kläger zuzusprechen, derselbe auch berechtigt, das volle Eigenthum im Hypothekenbuche für sich eintragen, dagegen die Erbpachtqualität, gleich wie den rubr. sub. II. 2. c. eingetragenen Vermerk, wonach Kläger ohne Genehmigung der Verklagten, das Schießhaus nicht veräußern darf, löschen zu lassen.

Die Verklagte hat die Abweisung dieses Antrages verlangt, die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 2. März 1850 und die Begründung des Klageantrags durch dasselbe bestritten und den bestrittenen Einwand erhoben: daß aus dem Vorbehalte der Wiederaufhebung nach 100 Jahren nothwendig erhelle, wie keine Erbpacht, sondern nur eine Zeitpacht vorhanden sei. Eventualiter hat sie die bestrittene Behauptung erhoben, daß jedenfalls die contractlichen dem Kläger aufgelegten Beschränkungen bestehen bleiben müßten und den bestrittenen Reconventions-Antrag erhoben:

zu erkennen, daß die für die Verklagte in der zweiten Rubrik des Hypotheken-Buchs eingetragenen Beschränkungen der Dispositions-Befugniß mit alleiniger Ausnahme der Ausdrücke: Erbpächter und Erbverpächter, stehen bleiben und Kläger nicht befugt, dieselben löschen zu lassen.

Kläger hat die Reconvention für ganz unrichtig und ohne Veranlassung angestellt erachtet.

Digitized by Google

Das Kreisgericht zu Delitzsch hat in dem Erkenntnisse vom 11. Februar 1853 in Ansehung der Klage nach dem Antrage des Klägers erkannt, jedoch auch in Betreff der Widerklage festgesetzt, daß — mit alleiniger Ausnahme der Rechte des Erbverpächters und des Verbots der Veräußerung und Verpachtung ohne Genehmigung, — die übrigen im Hypothekenbuche eingetragenen Beschränkungen der Dispositions-Befugniß nach dem Widerklage-Antrage aufrecht zu erhalten.

Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg hat, auf die Appellation des Klägers, in dem Urtel vom 14. September 1853 das Erkenntniß erster Instanz nur dahin geändert, daß Verklagte mit dem Antrage:

> die auf dem Schießhause eingetragene Beschränkung der Dispositions-Befugniß des Klägers, — wonach er ohne Genehmigung der Verklagten das Schießhaus weder mit Schulden noch mit anderen Realverbindlichkeiten belasten darf, — aufrecht zu erhalten,

abzuweisen, im Uebrigen aber gedachtes Erkenntniß zu bestätigen.

Beide Theile haben dagegen die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben. Im Erkenntnisse des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 9. Mai 1854 ist die Nichtigkeits-Beschwerde der Verklagten gänzlich zurückgewiesen, auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers dagegen das Appellations-Erkenntniß in soweit, als dasselbe die Festsetzung des Erkenntnisses erster Instanz bestätigt, Inhalts deren die Beschränkung aufrecht erhalten worden:

> daß die Verklagte befugt, den Contract vom 16. Mai 1841 nach 100 Jahren wieder aufzuheben und sich das volle Eigenthum des Schießhauses mit Zubehör wieder anzueignen,

vernichtet und in der Sache selbst auch auf die Appellation

Digitized by Google

des Klägers, das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Delitzsch vom 11. Februar 1853 dahin abgeändert, daß die Verklagte mit ihrem Widerklage-Antrage: sie für befugt zu erachten, den Contract vom 16. Mai 1841 nach 100 Jahren wieder aufzuheben und sich das volle Eigenthum des Schießhauses mit Zubehör wieder anzueignen, abzuweisen. Im Uebrigen ist aber auch die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers verworfen. Dies Urtel hat folgende

Gründe.

Das Gesetz vom 2. März 1850 (Ges. Samml. S. 77.) verordnet im §. 2. Folgendes:

Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

2. das Obereigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters; der Erbzinsmann und der Erbpächter erlangen mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes und lediglich auf Grund desselben das volle Eigenthum;
5. Die Berechtigung des Erbverpächters oder des Zinsberechtigten, den ihm zustehenden Canon oder Zins willkürlich zu erhöhen;

ferner ist im §. 5. bestimmt:

Die in dem §. 2. No. 1. und 2. bestimmte Aufhebung des Obereigenthums des Lehnsherrn, Guts- oder Grundherrn und Erbzinsherrn, sowie des Eigenthums des Erbverpächters hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen, oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen, zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind,

Digitized by Google

fortbestehend, und zwar mit denselben Vorzugsrechten in dem Vermögen der Verpflichteten, welche sie bisher darin hatten.

In der Convention ist durch das Erkenntniß erster Instanz schon rechtskräftig festgestellt, daß der Kläger das Eigenthum des Erbpachtstückes erlangt und die Verklagte es verloren habe.

Der Einwand der Verklagten, daß keine Erbpacht, sondern eine Zeitpacht aus dem Grunde vorhanden sei, weil sie bloß auf 100 Jahre geschlossen worden, liegt daher jetzt ganz außer dem Bereiche der Beurtheilung und deshalb kann auch die Anwendung des allegirten Gesetzes jetzt nicht mehr in Frage gestellt werden.

Dies Gesetz, wie aus den Worten, dem Zusammenhange der oben bemerkten Stellen und dem ostensiblen Zwecke erhellt, giebt also dem Erbpächter das Eigenthum des Erbpachtstücks; es giebt dasselbe ihm nicht in Folge einer Regulirung, noch weniger einer contraktlichen Verabredung; sondern er erhält es lediglich auf Grund des Gesetzes; Alles hört auf, was den Erbpächter aus dem Grunde beschränkte, weil ein Anderer, als er, Eigenthümer des Grundstücks war und weil ein Erbpachtverhältniß stattfand; nur insoweit kommt letzteres noch in Frage, als Abgaben, Leistungen oder Nutzungen für den Erbverpächter dabei vorbehalten waren; und diese Berechtigungen sollen bestehen bleiben.

Es kann unzweifelhaft das Verbot der Verschuldung und Belastung des Grundstückes nicht unter den Begriff von vorbehaltenen Abgaben, Leistungen oder Nutzungen gebracht werden, vielmehr ist diese Abrede recht eigentlich eine solche, an welche ohne das fortdauernde Eigenthumsrecht des Erbverpächters nicht gedacht werden konnte, weil sie sonst für ihn gar keinen Werth gehabt hätte, sogar nach

Digitized by Google

den contractlichen Bestimmungen im Falle der Aufhebung der Erbpacht solche Verpflichtungen ihn nicht binden konnten. Auch hat es seine Richtigkeit, daß nach §§. 24. und 439. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. ein Vertrag, daß die Sache keinem Anderen mehr zur Hypothek verschrieben werden solle, ohne rechtliche Wirkung sei. Es ist hiernach grundlos, wenn die Verklagte den Appellations-Richter der Richtigkeit seines Urtheils aus dem Grunde beschuldigt, weil er diese Abrede für wegfallend erkläret hat. Denn wie gedacht, gerade der §. 439. a. a. O., welcher verletzt sein soll, rechtfertigt seine Entscheidung, die allgemeinen Grundsätze der §§. 15. und 16. Thl. I. Tit. 4. A. L. R. können nicht angeführt werden, um diese besondere Bestimmung unanwendbar zu machen, das Allegat der §§. 1. und 9. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. ist nicht gerechtfertigt, noch abzusehen, wie es den Appellations-Richter widerlegen, noch auch wie §§. 187. und 201. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. verletzt sein sollen.

Endlich ist der von der Verklagten formulirte Rechtsgrundsatz, oder vielmehr der Sache nach die Deduktion, welche nach ihrer Ansicht aus den angeführten Gesetzstellen hergeleitet worden soll: daß eine solche, wie die fragliche Verabredung, ungeachtet des Ueberganges des Eigenthums an den Erbpächter, bestehen bleiben müsse, (denn dies will die Verklagte mit ihrer Formel nur ausdrücken,) durch das Obige schon widerlegt, hiernach die Nichtigkeits-Beschwerde der Verklagten verfehlt.

Anbelangend die Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers, so müssen zunächst die beiden Contraktsbedingungen:

daß der Kläger ohne Genehmigung der Verklagten keine Veränderungen an den Gebäuden vornehmen oder an deren Stelle neue Gebäude aufführen,

und

Digitized by Google

auf den Wällen und in dem Schießgraben keinerlei Vieh gehen oder weiden lassen soll,

in Erwägung gezogen werden.

Mit vollem Rechte führt der Appellations-Richter aus, daß diese Beschränkungen aus der Bestimmung des Grundstücks als Schießhaus der Verklagten, bestimmt zur Abhaltung der Schießübungen der Schützengesellschaft, folgen, und aus diesem Grunde müssen sie als solche vorbehaltene Nutzungen erscheinen, welche nach §. 5. des Gesetzes vom 2. März 1850 bestehen bleiben und daher die Angriffe des Klägers zurückgewiesen werden.

Anders aber verhält es sich mit der Contractsbestimmung: daß die Verklagte befugt sein soll, den Contract vom 16. März 1844. nach 100 Jahren wieder aufzuheben und sich das volle Eigenthum des Schießhauses mit Zubehör wieder anzueignen.

Durch das Gesetz, und lediglich auf Grund des Gesetzes, hat der Erbpächter die Proprietät erworben und der Erbverpächter dieselbe verloren. Schon aus letzterem Grunde ist die Contraktsbestimmung unausführbar geworden. Denn durch dieselbe sollte die Verklagte nach 100 Jahren nur das dem Erbpächter überlassene vollständige Nutzungsrecht wieder zu erwerben berechtigt sein; nicht aber konnte nach damaliger Lage der Gesetzgebung daran gedacht und beabsichtigt sein, daß die Verklagte auch die Proprietät, welche sie gar nicht verloren hatte, noch aufgeben wollte, vielmehr nach wie vor behalten sollte, dem Kläger wieder abnehmen könnte. Ein solcher Erwerb als Rückfall ist also contraktlich nicht vorbehalten, und ein Rückfall des bloßen vollständigen Nutzungsrechts des Erbpächters ist gesetzlich unmöglich, weil dergleichen seiner Existenz und Gültigkeit nach vom Gesetze nicht mehr anerkannt wird. Hiernach ergiebt

Digitized by Google

sich klar, daß die fragliche Verabredung und Bedingung dergestalt mit dem ehemaligen Eigenthumsrechte des Erbverpächters zusammenhängt, daß sie mit demselben aufgehoben worden.

Die Behauptung der Verletzung des Gesetzes vom 2. März 1850 §. 2. No. 2. und 5. ist daher in dieser Beziehung begründet, insoweit das Appellations-Urtel zu vernichten und das Erkenntniß erster Instanz durch Zurückweisung des betreffenden Widerklage-Antrages zu ändern gewesen.

№ 36.

Erbrecht der Kinder bei der Paderbornschen Gütergemeinschaft.

1. In der Paderbornschen Gütergemeinschaft haben die abgeschichteten Kinder aus einer aufgelösten Ehe beim Tode des überlebenden Ehegatten kein Erbrecht in dessen, zu einer ferneren Ehe und Gütergemeinschaft übergegangenes Vermögen, wenn ein überlebender Ehegatte oder Descendenten aus dieser ferneren Ehe vorhanden sind.

2. Dieser Grundsatz ist bei Wiederherstellung der Paderbornschen Gütergemeinschaft durch die Verordnung vom 8. Januar 1816 mit wieder hergestellt worden. Präjudiz No. 2539.

Verordnung vom 8. Januar 1816 (Ges.-Samml. S. 97.).

Lorenz H. zu Verne, im Paderbornschen, erzeugte in erster Ehe vier Kinder, welche nach dem 1806 erfolgten

Tode der Frau erster Ehe durch gerichtliche Urkunde vom 16. Februar 1808 von dem gemeinschaftlichen Vermögen abgeschichtet wurden. Er schritt sodann zu einer zweiten Ehe, in welcher wieder Kinder erzeugt wurden, die sowohl den Lorenz H., der 1827 starb, als dessen 1837 gestorbene Ehefrau zweiter Ehe überlebten. Weder die Kinder der ersten noch der zweiten Ehe hatten über den Nachlaß des Lorenz H., dessen Grundvermögen schon bei dessen Lebzeiten zur Subhastation gekommen war, Erklärungen abgegeben oder ein Inventar gelegt. Darauf gestützt nahm der Armen- und Kirchenvorstand zu Verne die Kinder beider Ehen, als Erben ihres Vaters, wegen verschiedener aus dem Jahre 1804 und früher herrührender Forderungen, welche bei der Subhastation nur zum geringen Theile zur Hebung gekommen waren, in Anspruch. Die Kinder zweiter Ehe sind auch rechtskräftig verurtheilt worden; dagegen ist die Klage wider die Kinder der ersten Ehe und deren Nachfolger in beiden Instanzen von dem Kreisgerichte und Appellations-Gerichte zu Paderborn abgewiesen worden.

Die von dem Kläger dagegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist am 15. Juli 1854 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals zwar für erheblich erachtet, die Entscheidung selbst aber aufrecht erhalten.

Gründe.

In gegenwärtiger Sache steht die Haftbarkeit der Kinder erster Ehe für die Schulden ihres Vaters, der, nachdem die Kinder gehörig abgeschichtet worden, zur zweiten Ehe geschritten und mit Hinterlassung einer Wittwe und von Kindern aus derselben verstorben ist, nach den Grundsätzen der Paderbornschen Gütergemeinschaft in Frage. Der Appellations-Richter verneint diese Haftbarkeit unbedingt und leitet aus dem von ihm angenommenen Konsolidations-Prinzipe

Digitized by Google

her, daß die abgeschichteten Kinder durch die Schichtung aus jedem Vermögens- und Schuld-Nexus treten, für die in erster Ehe contrahirten Schulden gar nicht mehr haften, und den ihnen zugeschichteten Vermögenstheil zum ausschließlichen Eigenthum erhalten. Das Prinzip der Consolidation, welches annimmt, daß sowohl bei der beerbten, als der unbeerbten Ehe, sich das Gesammteigenthum des gemeinschaftlichen Vermögens in der Person des Ueberlebenden consolidire, so daß den Kindern in Ansehung des Erstverstorbenen kein Erbrechte zustehe, ist nichts weiter, als ein, besonders im vorigen Jahrhundert gangbar gewordener Versuch der Jurisprudenz, sich verschiedene ziemlich allgemein verbreitete Folgen der Gütergemeinschaft, insbesondere das fast ganz unbeschränkte Dispositions- und Veräußerungs-Recht des Ueberlebenden und die Art und Weise der Schichtung, theoretisch zu erklären. Dieser Versuch findet in der Natur des Instituts so wenig, als in den ältern Statuten einen positiven Anhalt: es bedarf dieser Hypothese auch nicht, um den Vorzug des überlebenden Ehegatten vor Nicht-Descendenten bei kinderloser Ehe, und das demselben bei beerbter Ehe seinen eigenen Kindern gegenüber von Sitte und Gesetz geschenkte unbeschränkte Vertrauen erklärlich zu finden, zumal da noch das Bestreben, das Familiengut möglichst lange zusammen zu halten, hinzukommt. Freilich gewinnt jenes Erbrecht der Kinder durch den Mangel jeder Dispositionsbefugniß derselben eine anomale Beschaffenheit, die davon abhalten muß, diejenigen Vorschriften des Civil-Erbrechts hier zur Anwendung zu bringen, welche mit dem Institute selbst in Widerspruch treten. Aber darum ist es nicht zulässig, das an und für sich allgemein gültige und durch die anerkannte Befugniß, bei übler Wirthschaft einzuschreiten, so wie durch das Recht auf Herausgabe oder Sicherstellung des Schuldenheils, im

Digitized by Google

Falle zweiter Ehe, offenbar werdende Descendenten-Unrecht in Ansehung des erstverstorbenen Ehegatten wegzuläugnen, um von dieser Supposition aus spezielle Fragen zu entscheiden, für welche die Natur des Instituts der communio prorogata selbst oder positive Statuten keine Entscheidung geben. Dies läßt sich nur da rechtfertigen, wo die Idee der Konsolidation eine gesetzesgültige Anerkennung gefunden hat, wie dies in neueren Statuten, welche der Doctrin folgten, mitunter der Fall gewesen ist.

Im Fürstenthum Paderborn existiren geschriebene Statuten über die Gütergemeinschaft überhaupt nicht, und daß die vorhandenen älteren Atteste und Judicate die Konsolidation nicht als ein Gewohnheitsrecht begründen, ja derselben theilweise ungünstig sind, daß auch keine spezielle Normen des Provinzialrechtes zur Annahme dieser Idee nöthigen, ist in dem Berichte des Ober-Tribunals vom 20. März 1844 (Min. Blatt 1844, Beilage zu No. 33.) und namentlich auch in der Entsch. Bd. 13. S. 477. umständlich nachgewiesen worden, worauf hier verwiesen werden kann.

Der Vorwurf No. 1. der Nichtigkeits-Beschwerde:

„daß der Appellations-Richter den Grundsatz, daß nach dem Paderborner Gütterrechte beim Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten das Miteigenthum der Kinder an dem bisher gemeinschaftlichen Vermögen eintrete, verletzt habe,“

ist daher begründet. Dies führt zur Erheblichkeit der Beschwerde überhaupt. Denn jener Grundsatz der Konsolidation ist das Motiv der Entscheidung, und es läßt sich nicht annehmen, daß der zweite Richter etwa auf denjenigen Grundsatz, nach welchem die Schichtung die Natur der s. g. Tottheilung hat, ein separates Gewicht gelegt, und diesen Grundsatz als verschieden von dem Konsolidationsprinzipe, wie es dies in der That ist, hervorzuheben gedacht hat. Es

Digitized by Google

ist letzteres um so weniger anzunehmen, da die Entscheidung auch die, vermöge der Tottheilung allein nicht unbedingt gerechtfertigte Ausschließung der Haftbarkeit mit der Schichtquote, ausspricht und da ausdrücklich ein Widerspruch mit der Ansicht des Ober-Tribunals anerkannt wird, während letzteres doch das Bestehen der Tottheilung im Paderbornschen Güterrechte nirgendwo in Abrede stellt, vielmehr anerkannt hat.

In der Sache selbst war das zweite Urtel aufrecht zu halten.

Durch den obervormundschaftlich bestätigten Schichtungsvertrag vom 16. Februar 1808 sind die Kinder erster Ehe nach den Grundsätzen der Paderbornschen Gütergemeinschaft abgeschichtet, indem mit Zugrundelegung eines in den Acten pto. General-Moratorii des Lorenz H. befindlichen Inventars Activ- und Passivmasse festgestellt, und dann das Abdicat mit besonderer Berücksichtigung des schichtenden Vaters auf 25 Thlr., eine Kuh und einen Beschluß für jedes Kind, terminlich zu zahlen vereinbart wurde, wobei die Aussicht, daß der später für todt erklärte Heinrich H. das Grundvermögen künftig erhalten werde, sich nicht verwirklicht hat, da das Grundvermögen schon zu Lebzeiten des Lorenz H. nothwendig subhastirt worden ist. — Der Grundsatz:

> daß nach Paderbornschem Güterrechte abgeschichtete Kinder erster Ehe kein Erbrecht in Ansehung ihres parens haben, wenn bei dessen Tode Genossen der zweiten unter Gütergemeinschaft geschlossenen Ehe (Wittwe oder Kinder) vorhanden sind,

ist nun sowohl in dem Provinzialrecht an sich begründet, als für mit wiedereingeführt durch das Gesetz vom 9. Januar 1816 zu betrachten.

Die letztere Rücksicht kommt in Betreff der ersten Ehe des Lorenz H., aus welcher die Imploraten stammen, nicht

Digitized by Google

einmal in Betracht, da diese Ehe vor Einführung des Code Napoléon, also unter der Herrschaft des älteren Provinzial-Rechts eingegangen und (1806) aufgelöst ist. Von möglichem Einflusse auf die Sache kann sie daher nur sein, insofern bei jenem Grundsatze auch die zweite Ehe als unter provinzieller Gütergemeinschaft eingegangen vorausgesetzt wird, da die zweite Ehe des Lorenz H. im Februar 1808, also nach Einführung des Code Napoléon, die vom 1. Januar 1808 ab unter Aufhebung der Provinzialrechte ins Leben trat, abgeschlossen worden ist, die Gütergemeinschaft dieser Ehe mithin nur vermöge der mit rückwirkender Kraft geschehenen Wiederherstellung in der Verordnung von 1816, also in dem Umfange dieser Verordnung Geltung hat.

Zwar hat nun die unläugbare Unsicherheit des Rechts, welche die Herstellung der älteren Statuten herbeigeführt, wohl zu dem Bestreben geführt, den Kreis jenes Gesetzes möglichst zu beschränken, insbesondere durch die im Justiz-Ministerio und theilweise auch vom Ober-Tribunal geltend gemachte Ansicht, daß wohl die Gütergemeinschaft selbst, nicht aber die älteren Erbfolgegesetze wiederhergestellt worden. Dies ist in der That mit Bezug auf den Satz:

daß abgeschichtete Kinder von einander, mit Ausschluß der Eltern, beerbt werden,

in dem gutachtlichen Berichte des Ober-Tribunals vom 11. April 1842 (Justiz-Minist. Bl. S. 187), so wie auch in verschiedenen Entscheidungen, namentlich vom 18 October 1844, bezüglich auf das Münstersche Recht (Präjudiz 1498; Samml. S. 328) und vom 27. August 1841, bezüglich auf das Minden-Ravensbergsche Recht ausgesprochen. Allein, wie sowohl in der letzterwähnten Entscheidung als in dem Berichte von 1842 bemerklich gemacht wird, ist die Frage: wer jene aus dem Gütergemeinschafts-Verbande geschiedenen

Digitized by Google

Kinder brechts von derjenigen, ob ihnen selbst ein Erbrecht hinsichtlich der Genossen einer neuen Gütergemeinschaft zustehts völlig verschieden. Die letzte Frage ist ein so wesentliches Stück der ganzen Theorie von der Schichtung und der Stellung der abzuschichtenden Kinder in der communio prorogata, sie hat auf die Güterrechte der zweiten, doch ebenfalls nach dem wiederhergestellten Provinzialrechte zu beurtheilenden Ehe einen so entscheidenden Einfluß, daß man mit eben dem Rechte, welches die Erbrechte der Genossen der zweiten Ehe modificirt, auch das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe als außerhalb der Gütergemeinschaft stehend, behandeln könnte. Dadurch würde das Institut seinem innersten Wesen nach auseinander gerissen werden. Das Ober-Tribunal hat deshalb auch sowohl in der Sache Deipmann wider Deipmann (24. August 1838) Präjudiz 634, Samml. S. 147, in Betreff des Erbrechts des überlebenden Ehegatten, als in der Bd. 6. der Entsch. S. 225. abgedruckten Ravensbergschen Sache Degener wider Wickemeier vom 17. November 1840 (Samml. S. 388, Präjudiz 946) in Ansehung der hier in Rede stehenden Frage über das Erbrecht der abgeschichteten Kinder für die Wiederherstellung des Provinzialrechts durch die Verordnung von 1816 erkannt.

Die Existenz des Grundsatzes der sogenannten Totheilung in dem Paderbornschen Gütergemeinschafts-System leidet aber keinen Zweifel. Dieser Grundsatz findet sich, mit sehr wenigen Ausnahmen, fast in allen Gütergemeinschafts-Systemen, welche das unbeschränkte Dispositionsrecht des überlebenden Ehegatten anerkennen (vergl. Philipps Gütergemeinschaft, S. 253.). In Westphalen gilt er auch in der Münsterschen Gütergemeinschaft, wo doch auch von der weit überwiegenden Mehrzahl der älteren und neueren Gerichts-

Digitized by Google

höfe und Schriftsteller das Condominialprincip constant angenommen ist (vergl. Walter, Münsterische Gütergemeinschaft §. 82.). Ebenso ist derselbe Grundsatz nach dem, vom Ober-Landesgericht Hamm entworfenen Provinzialrechte §. 82 im Gooft herrschend. Der Grund ergiebt sich leicht aus der Natur der Schichtung und der prorogirten Gütergemeinschaft, welche in der zweiten Ehe, wie in der ersten Geltung haben soll. Die zweite Ehe soll in Ansehung des Vermögens auch ein nach keiner Qualität der Bestandtheile, ihrer Beschaffenheit und ihrem rechtlichen Ursprunge nach zu separirendes, der unbeschränkten Verwaltung des Mannes in der Ehe, des Ueberlebenden nach Auflösung der Ehe unterworfenes Ganze darstellen. Ein Rechtsgrund, in dieses, nur für die Genossen der zweiten Ehe sich bildende Ganze einzutreten, existirt für die Kinder erster Ehe nur, wenn sie durch Einkindschaft in dasselbe aufgenommen werden, da sie sonst auf das Vermögen des zweiten Ehegatten irgend einen Anspruch nicht haben können. Der Todesfall des erstverstorbenen parens erster Ehe hatte die Kinder als Erben desselben zwar in die Gütergemeinschaft jener Ehe, die von dem Ueberlebenden prorogirt wurde, eingeführt, materielle Dispositions- und Nutzungsrechte aber, bei der fortdauernden unbeschränkten Befugniß des Ueberlebenden, ihnen noch nicht gegeben. Daß sie etwa das Ganze des Vermögens erster Ehe der Disposition ihres parens entziehen könnten, dafür war kein Motiv ersichtlich. Nothwendig müßten an sich, wenn nun der parens in zweiter Ehe stirbt, dessen leibliche Kinder zweiter Ehe mit den Kindern erster Ehe erben. Die hierdurch veranlaßte Separation des Vermögens je nach dem Ursprunge würde in völligen Widerspruch treten mit der Tendenz des ganzen Instituts, mit den Rechten des Ueberlebenden aus der zweiten Ehe; sie würde ein Zurückgehen

auf frühere Zustände, ein Inventarisiren u. s. w. erforderte, welches ganz zu beseitigen eben eine der Richtungen dieses Systems ist. Dies führte nun zu dem Bedürfniß, die Vermögensrechte der Kinder erster Ehe vor Eingehung der zweiten Ehe definitiv und so zu ordnen, daß die Genossen der zweiten Ehe von ihnen überhaupt nicht mehr beansprucht werden können. Darum wird der Antheil, auf welchen der Tod des erstverstorbenen parens erster Ehe den Kindern erster Ehe quotitativ Anspruch giebt, vor Eingehung der zweiten Ehe quantitativ nach dem gegenwärtigen Bestande des Vermögens (so wenigstens in der Paderbornschen Gütergemeinschaft) festgestellt und den Kindern versichert, und die Statuten finden hierin neben dem onus der Ernährung und Erziehung, das dem parens verbleibt, eine ausreichende Berücksichtigung der Vorkinder.

Erwägt man, in wie vielen Fällen die Lasten der zweiten Ehe eine Verminderung des ursprünglichen Vermögens herbeiführen, so kann man dies im Großen und Ganzen, wenn einmal der Standpunkt der prorogirten Gütergemeinschaft überhaupt angenommen wird, nicht so unbillig finden. Die Wirkung tritt übrigens ganz consequent nur ein, so weit es das Bedürfniß des Instituts mit sich bringt, nämlich dem Ueberlebenden und den Descendenten zweiter Ehe gegenüber; hat der parens erster Ehe diese überlebt, so haben dessen Kinder erster Ehe nach seinem Tode, Dritten gegenüber, ihr volles Erbrecht. Dies bleibt also nach dem richtigen Ausdrucke von Philipps, S. 253, suspendirt.

Möge es sich übrigens mit dem historischen Ursprunge der Rechtlichkeit und Billigkeit der Todtheilung verhalten, wie es will, so viel steht fest, daß sie nach Paderbornschem Güterrechte besteht. In Wiegand's Provinzialrecht von Paderborn, Buch 1. §. 60—62 (S. 53. Bd. 1.), sind die

Digitized by Google

oben entwickelten Grundsätze derselben als geltendes Recht klar ausgesprochen, wobei auf die allgemeine Praxis und die Bd. II. S. 118. und folg. abgedruckten Belege, in älteren Attesten und Nachrichten bestehend, No. 5. 6. 11. und 12. Bezug genommen wird. Sowohl diese Belege als die in einer solchen, täglich vorkommenden, Materie von praktischer Bedeutung unabweisliche Uebereinstimmung der Gerichte und der vernommenen Rechtsgelehrten älterer Zeit, lassen in der That über diese nicht nur von dem Oberlandesgerichte, sondern auch bei Gelegenheit der Bearbeitung des Provinzialrechts auf dem Landtage als geltend bezeugte Norm nicht den geringsten Zweifel. Das allgemeine Rechtsbewußtsein und das Zeugniß der Praxis ist hier um so entscheidender, da bei der Unleugbarkeit des auch dem Superstes zweiter Ehe in Betreff des ganzen Vermögens zustehenden unbeschränkten Dispositionsrechts nothwendig doch ganz besondere Theilungsgrundsätze hätten existiren müssen, wenn die abgefolgten Kinder erster Ehe noch einmal zur Theilung gekommen wären, hiervon aber überall keine Spur vorhanden ist. Das Ober-Tribunal hat auch nicht nur in den oben angeführten, die ganz analoge Minden-Ravensbergsche Gütergemeinschaft betreffenden Sachen, die Existenz der Todtheilung in dem Provinzialrechte vorausgesetzt, sondern es findet sich in dem Berichte vom 20. März 1844 die Stelle:

hat er (der in Paderbornscher Gütergemeinschaft lebende Ehegatte) wieder geheirathet und zwar unter Eingehung einer neuen Gütergemeinschaft, so verbleibt sein ganzer Nachlaß eben nach den speziellen Bestimmungen des Provinzialrechts entweder seiner Wittwe allein, oder, wenn auch Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, diesen mit jener gemeinschaftlich. Aber nur diese mit der Gütergemeinschaft zusammenhängenden Gründe sind

Digitized by Google

es, welche das Erbrecht und insbesondere das Pflichttheilsrecht der Kinder erster Ehe gegen den parens hinlänglich ausschließen;

ganz in Uebereinstimmung mit den oben dargelegten Grundsätzen.

Nach dem hier entwickelten Rechte konkurrirten die abgeschichteten Kinder bei dem im Jahre 1827 erfolgten Tode des Vaters gar nicht als Erben desselben. Aus diesem Todesfalle konnte also für sie keine Haftbarkeit für dessen Schulden entstehen. Ohnehin hätte, da die überlebende Wittwe zweiter Ehe nach Paderbornschem Rechte die unbeschränkte Dispositionsbefugniß behielt, aus der unterlassenen Erklärung und Inventarlegung damals selbst gegen die Kinder zweiter Ehe kein Nachtheil entstehen können. Nach dem Tode der gedachten Wittwe zweiter Ehe im Jahre 1837 handelte es sich lediglich von Erbrechten der Kinder aus dieser Ehe in Betreff des Lorenz H. und der zweiten Ehefrau. Für die Kinder erster Ehe lag aber in Betreff dieses Nachlasses nicht die mindeste Veranlassung zu einer Antretung oder Ausschlagung vor, da sie zu demselben gar nicht berufen waren. Dies führt zur Abweisung der Klage, welche auf die Behauptung, daß die Kinder erster Ehe Erben des Lorenz H. bei dessen Tode geworden, begründet ist.

Aus dem Verhältnisse der Kinder erster Ehe als Erben ihrer Mutter ist kein eventueller Antrag entnommen, wenngleich der Appellationsbericht auch dies Verhältniß in Bezug nimmt. Dies Verhältniß könnte jedenfalls nur zu einer Haftbarkeit der Kinder erster Ehe mit dem sehr geringfügigen Betrage führen, welchen sie von ihrem Abdicate aus der Liquidationsmasse percipirt haben.

Ob insofern der Anspruch begründet sein würde, kann beim Mangel eines eventuellen Fundamentes und bestimmten Antrages hier dahin gestellt bleiben.

Digitized by Google

Literarischer Anzeiger.

Bei mir ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Vorschule
der gerichtlichen Beredsamkeit
für
Rechts-Anwälte.

Herausgegeben von
W. Schall, Rechtskonsulent,
und E. Boger.

Erste Abtheilung.

Brosch. Preis 1 Thlr. 15 Sgr.

Seit die Oeffentlichkeit der Gerichte auch in Deutschland besteht, ist es für den Rechtsanwalt dringendes Bedürfniß, sich die Kunst der Beredsamkeit im höheren Grade als früher anzueignen. An Schriften, welche dazu Rath und Anweisung geben, fehlte es bisher fast gänzlich. Die Verlagshandlung glaubt daher mit dieser Schrift, welche in der ersten Abtheilung die wichtigsten Regeln für die Ausbildung zum Redner, in der zweiten eine Sammlung gerichtlicher Reden enthält, eine wesentliche Lücke in dieser Literatur auszufüllen.

Wilhelm Nitzschke,
Verlagsbuchhandlung in Schwäb. Hall.

Im Verlage von **Friedr. Mauke** in Jena ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Die staatsrechtliche Stellung
des
Fürstenthums Neuenburg,
in
ihrer geschichtlichen Entwickelung und gegenwärtigen Bedeutung.

Von
Dr. Herrmann J. F. Schulze,
Professor der Rechte.

gr. 8. broch. Preis 1 Thlr. 20 Sgr.

Bei **F. A. Perthes** in Gotha ist erschienen:

Arnold, W., Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte im Anschluß an die Verfassungsgeschichte der Stadt Worms. II. Band. gr. 8. geh. 2⅔ Thlr.

Digitized by Google

In der C. H. Beck'schen Buchhandlung in Nördlingen ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Die königl. bayer. Landgerichte diesseits des Rheines,
dargestellt von Dr. Clement Hellmuth. gr. 8. 10¼ Bogen und 4 Bogen Tabellen. Preis 1 Thlr. 5 Sgr.

Um diese Schrift namentlich der Aufmerksamkeit aller Beamten der inneren Verwaltung und Staatsdienstadspiranten zu empfehlen, genügt eine Hinweisung auf den geachteten schriftstellerischen Namen des Herrn Verfassers und die gedrängte Uebersicht ihres Hauptinhaltes. Auf eine auch über die Tagesfrage der Gerichtsorganisation sich verbreitende Vorrede folgt die Darstellung der Formation, in welcher die bayer. Landgerichte bis zum Jahre 1802 bestanden haben, — der neuen seitdem hinzugekommenen Gebietserwerbungen, — der Untergerichts-Verfassung, die in diesen neueren Landestheilen vorgefunden wurde, — der Organisationsverordnungen von 1797 bis auf die neueste Zeit und ihres Vollzuges, — der gegenwärtigen Besetzung der Landgerichte, ihre Stellung in der Hierarchie der Staatsbehörden, ihres Wirkungskreises, endlich der Personalverhältnisse der Landgerichtsbeamten vor und seit dem J. 1818. Der Anhang enthält eine statistische Uebersicht aller gegenwärtig bestehenden Landgerichte mit Angabe ihrer Besetzung und Bevölkerung und aller seit dem Jahre 1802 über ihre Formation und Verfassung ergangenen Verordnungen. Der Werth der vorliegenden Arbeit, der ersten in ihrer Art, wird dadurch beträchtlich erhöht, daß der Herr Verf. den jetzigen Zustand überall im Zusammenhange seiner geschichtlichen Entstehung nachweist und so eine Menge von Aufschlüssen darbietet, die in einem rein statistischen Werke vergeblich gesucht würden.

Durch alle Buchhandlungen ist zu beziehen:

Hand-Lexicon

der juristischen Literatur
des XIX. Jahrhunderts.

Von

O. A. Walther,
Kreisgerichts-Rath zu Sondershausen.

Vollständig in zwei Abtheilungen.

gr. Lexicon-Octav. broch. Preis: 7 Thlr. = 12 fl. 36 kr.

Dieses Lexicon dürfte für Juristen bei wissenschaftlichen und praktischen Arbeiten, sowie für juristische Behörden und alle Bibliotheken kaum zu entbehren sein.

Weimar. **F. Jansen & Comp.**

Digitized by Google

Soeben ist im unterzeichneten Verlage erschienen und in allen guten Buchhandlungen zu haben:

PAROEMIA

et Regulae Juris Romanorum, Germanorum, Franco-Gallorum, Britannorum.

Edidit

Leopoldus Volkmar,

Tribunalis Borussici supremi Advocatus.

Ein Werk, das ebenso dem Theoretiker für die Rechtsgeschichte und das vergleichende Studium, als dem Richter und Anwalt für die praktische Anwendung des Rechts reiche Ausbeute gewährt.

Geheftet. Preis 22½ Sgr.

Allgem. Deutsche Verlags-Anstalt.

Im Verlage von **Ferd. Dümmler's Verlagsbuchhandlung** in **Berlin** ist in diesem Jahre erschienen:

Das bestehende

Provinzialrecht

der

Kurmark Brandenburg.

Im amtlichen Auftrage ausgearbeitet

von

Carl Scholtz,

nunmehrigem Dr. **v. Scholtz** und **Hermensdorff,**

Geh. Ober-Tribunals-Rath.

Zweite auf den Grund der Berathungs-Verhandlungen und der neueren Gesetzgebung umgearbeitete Ausgabe.

Zwei Bände. gr. 8. geh. 6 Thlr.

Soeben erschien und ist durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Der neue Pitaval. Herausgegeben von Dr. J. E. Hitzig und Dr. W. Häring (W. Alexis). Einundzwanzigster Theil. Neue Folge. Neunter Theil. 12. Geh. 2 Thlr.

Um die Anschaffung des Werks zu erleichtern, ist der Preis der ersten Folge (12 Theile, 1842—47, 23 Thlr. 24 Ngr.) auf 12 Thlr. ermäßigt worden.

Leipzig, im August 1854. **F. A. Brockhaus.**

Digitized by Google

In Vandenhoeck u. Ruprecht's Verlag in Göttingen ist soeben vollständig erschienen:

Deutsches

Staats- und Bundesrecht

von

Dr. H. A. Zachariä,

Prof. der Rechte zu Göttingen.

2te vermehrte und verbesserte Auflage.

I.	II.
Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten.	Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht.
43 Bogen. gr. 8. geh. 3⅔ Thlr.	57 Bogen. gr. 8. geh. 4½ Thlr.

Die von den verschiedensten Seiten und auch öffentlich bekundete höchst günstige Aufnahme und Beurtheilung des im vorigen Jahre erschienenen I. Theiles, welcher die allgemeinen staatsrechtlichen Lehren, die historische Entwickelung des öffentlichen Rechtszustandes von Deutschland, insbesondere auch seit dem Jahre 1848 und das Verfassungsrecht der deutschen Bundesstaaten behandelt, wird ohne Zweifel auch der Fortsetzung des Werkes im vorliegenden II. Theile nicht fehlen und dürfen wir wiederholt darauf aufmerksam machen, daß dasselbe das einzige Handbuch des deutschen Staatsrechts ist, welches die staatsrechtlichen Zustände Deutschlands und der deutschen Bundesstaaten, unter sorgfältiger Verarbeitung des reichlichsten Materials, bis auf die Gegenwart darlegt und daher auch als das einzige Werk betrachtet werden muß, welches gegenwärtig dem Bedürfniß der prakt. Staatsmänner, der Richter und Anwälte, der Lehrer und Lernenden zu genügen vermag.

Bei **Palm u. Enke** in Erlangen ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Arnold, Dr. J. Ch., von, das Zinsenversprechen in eigenen Wechseln, nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung und nach legislativen Grundsätzen erörtert. gr. 8. geh. 8 Sgr.

Druck von Trowitzsch und Sohn in Berlin.

Digitized by Google

№ V.

Aufhebung des Lehns-, Vorkaufs- und Retractrechts.

Durch den §. 2. No. 6., in Verbindung mit §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 ist das den Agnaten zustehende Vorkaufs- und Retractrecht allgemein und ohne Rücksicht auf provinzielle Rechtsnormen ohne Entschädigung aufgehoben. Präj. 2548.

Gesetz vom 2. März 1850. §. 2. Ges.-Samml. S. 77.

Das Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, vom 2. März 1850 verordnet für den ganzen Umfang der Monarchie, lediglich mit Ausnahme der auf dem linken Rheinufer belegenen Landestheile:

§. 2. Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, so weit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

6. Die Vorkaufs-, Näher- und Retractsrechte an Immobilien, mit Ausnahme der im §. 4. aufgeführten.

§. 4. Das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthume besitzen an deren Antheilen, so wie das Retractrecht der Miterben nach dem Rheinischen Civil-Gesetzbuch, bleiben in Kraft.

Nach dieser Fassung des Gesetzes ist ohne Weiteres klar, daß das Vorkaufs- und Retractrecht, in sofern es

Digitized by Google

nicht in die im §. 4. bezeichneten Ausnahmen fällt, ohne Entschädigung aufgehoben ist. In Beziehung hierauf ist jedoch die Frage streitig geworden, ob die Aufhebung des Vorkaufs- und Retractrechts auch den agnatischen Lehns-Retract betroffen habe.

In einer unter dem 10. November 1851 bei dem ersten Senate des Ober-Tribunals ergangenen Entscheidung ist diese Frage verneint worden. Als rechtfertigender Grund ist dafür geltend gemacht,

daß wenn das Gesetz vom 2. März 1850 im §. 2. unter No 6. die Vorkaufs- und Näherrechte an Immobilien aufhebe, damit nicht zugleich das Lehns-Vorkaufsrecht der Agnaten beseitigt sei. Denn dieses beruhe in der Mitbelehnschaft oder im Miteigenthume des Agnaten und im §. 4. sei das Vorkaufsrecht derer, welche eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthume besitzen, zur Zeit noch aufrecht erhalten.

In einer neuerlich zur Entscheidung gediehenen Sache hat sich jedoch der erste Senat zu der entgegengesetzten Ansicht bekannt, derselbe will sonach die obige Frage bejahen. Bei dem hiernach vorliegenden Conflicte ist die Entscheidung an das Plenum verwiesen und die von diesem zu beantwortende Frage dahin gestellt worden:

Ob die Aufhebung der Retractrechte in dem Gesetze vom 2. März 1850 §. 2. unter 6., verglichen mit §. 4., den agnatischen Lehnsretract mitbetroffen oder nicht?

In der in dieser Weise gestellten Frage ist zwar nur von dem Retractrechte die Rede; damit wird aber auch das Vorkaufsrecht mitberührt. Vorkauf und Retract sind wesentlich ein und dasselbe Recht. Der Unterschied zwischen beiden liegt nur darin, daß das Vorkaufsrecht den Berechtigten befugt macht, von dem Verpflichteten zu fordern, daß

Digitized by Google

er, wenn er die Sache verkaufen will, ihn jedem andern Käufer gegen Eingehung gleicher Bedingungen vorziehen müsse, während der Retract die Befugniß gegen jeden Andern giebt, die an diesen veräußerte Sache an sich zu ziehen. Der Retract setzt also die bereits an den Käufer erfolgte Uebergabe der dem Vorkaufsrechte unterworfenen Sache voraus. Was sonach hinsichts des Retracts Rechtens ist, muß es eben deshalb auch hinsichts des Vorkaufsrechts sein.

Der von dem Plenum des Ober-Tribunals über die demselben zur Entscheidung vorgelegte Frage unter dem 18. September 1854 gefaßte Beschluß ist deshalb eben sowohl auf das Vorkaufsrecht, als nicht minder auf das Retractrecht ausgedehnt und dahin ausgefallen:

daß durch den §. 2. zu 6., in Verbindung mit §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 das den Agnaten zustehende Vorkaufs- und Retractrecht allgemein und ohne Rücksicht auf provinzielle Rechtsnormen ohne Entschädigung aufgehoben ist.

Gründe.

Der §. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 hat ganz allgemein das Vorkaufs-, Näher- und Retractrecht ohne Entschädigung aufgehoben, und hiervon nur diejenigen Vorkaufsrechte ausgenommen und bestehen lassen, deren in dem §. 4. des Gesetzes gedacht ist. Das den Agnaten zustehende Vorkaufs- und Retractrecht steht seiner rechtlichen Natur nach, wie dies auch im §. 306. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. anerkannt ist, mit jedem andern Vorkaufs- und Retractrecht auf gleicher Linie; es unterscheidet sich von jedem andern derartigen Rechte nur darin, daß das Object desselben ein Lehngut ist. Darauf kommt es also an, und darauf beruht die Entscheidung, ob das agnatische Vorkaufs- und

Digitized by Google

Retractrecht unter einen derjenigen Fälle zu rechnen sei, welche der §. 4. des Gesetzes als alleinige Ausnahme gelten läßt. Muß diese Frage verneint werden, so folgt von selbst, daß das agnatische Vorkaufs- und Retractrecht durch das Gesetz ohne Entschädigung aufgehoben ist. Diese Frage kann aber nach der bestehenden Gesetzgebung nur verneint werden.

Daß es sich bei dem agnatischen Vorkaufs- oder Retractrechte nicht von einem durch Vertrag oder letztwillige Verfügung begründeten Vorkaufsrechte handeln kann, ist ohne Weiteres klar; insbesondere muß einleuchten, daß der §. 4. nur von solchen Verträgen spricht, in welchen für den besonderen Fall das Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten ist. Daß das Lehnsverhältniß an sich auf einem Vertrage beruht, und eine vertragsmäßige Entstehung des Lehnsverhältnisses möglicherweise in einzelnen Fällen nachweisbar ist, hat mit den Bestimmungen des §. 2. nichts gemein. Daß das Lehen als solches durch Vertrag entstanden, berechtigt noch nicht zu der Annahme, daß in solchem Vertrage das Vorkaufsrecht vorbehalten und begründet ist. An einen solchen Fall hat der §. 2. auch offenbar nicht gedacht. Es ist indessen behauptet worden, daß das agnatische Vorkaufsrecht unter diejenige Ausnahme zu rechnen sei, welche der §. 2. dahin bezeichnet:

> das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zum vollen Eigenthum besitzen, an deren Antheilen.

So ist die Sache insbesondere in dem unter dem 10. November 1851 ergangenen Urtel des ersten Senats aufgefaßt; es ist die Ansicht geltend gemacht, daß das Vorkaufsrecht der Agnaten in der Mitbelehnschaft oder im Miteigenthume des Agnaten beruhe, und daß dieses Miteigenthum in dem §. 4. des Gesetzes aufrecht erhalten sei. Daß

Digitized by Google

diese Auffassung jedoch nicht richtig sein kann, davon wird man sich überzeugen müssen, wenn folgendes erwogen wird:

Es handelt sich hierbei zwar nur um das Gesetz vom 2. März 1850; es liegt jedoch nicht außer dem Kreise der Erwägung, hierbei auf das Edikt vom 9. November 1807 zurückzugehen.

Bekanntlich hatte sich schon dieses Edict die Aufgabe gestellt, das Vorkaufsrecht als culturschädlich zu beschränken und aufzuheben. Der §. 3. dieses Gesetzes lautet nämlich dahin:

> Ein gesetzliches Vorkaufsrecht und Näherrecht soll fernerhin nur bei Lehns-Oberreigenthümern, Erbzinsherrn, Erbverpächtern, Miteigenthümern und da eintreten, wo eine mit andern Grundstücken vermischte oder von ihr umschlossene Besitzung veräußert wird.

Späterhin ward die Frage aufgeworfen, ob durch diese gesetzliche Bestimmung auch das Lehns-Vorkaufsrecht aufgehoben sei. Nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht, welche sich überhaupt in der Praxis, so insbesondere auch bei dem höchsten Gerichtshofe geltend machte, hielt man sich berechtigt, diese Frage zu verneinen, weil nach §. 17. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. Agnaten und Mitbelehnte an dem nutzbaren Eigenthume des Lehns, welches dem Vasallen zukommt, Theil nehmen, die Agnaten also als Miteigenthümer an dem nutzbaren Eigenthum unter die Ausnahme des §. 3. des Edicts fallen.

Die Auffassung des §. 3. des Edicts vom 9. October 1807 ist indessen keine gerechtfertigte. Die eingesehenen diesfallsigen legislatorischen Vorarbeiten ergeben nämlich hierüber folgendes:

Zu den Vorschlägen, welche die Immediat-Commission gemacht hatte, um den durch den unglücklichen Krieg zer-

Digitized by Google

störten Wohlstand des Staats wieder zu heben, gehört unter mehreren auch der,

alle Einschränkungen der Grundstücke bei deren Veräußerung durch Vorkaufs- oder Näherrechte, in soweit solche nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz begründet worden, aufzuheben.

In dem Immediat-Berichte des Staatsministers v. Schrötter und des Kanzler v. Schrötter vom 28. August 1807 erklärten sich diese mit dem Vorschlage einverstanden, fügten indessen hinzu:

es müßten jedoch — außer andern, hier nicht interessirenden Ausnahmen — die Lehen und Fideicommisse hiervon ausgenommen werden, ohne indessen denjenigen Familien-Mitgliedern, die nicht zugleich Lehnsfolger sind, das gesetzliche Vorkaufsrecht einzuräumen.

Dem entsprechend lautete der vorgelegte Entwurf des Gesetzes im §. 2. dahin:

Das gesetzliche Vorkaufs- und Näherrecht und das daraus erwachsende Rückforderungsrecht der Lehnfolger und Obereigenthümer bei dem Verkaufe oder bei der antichretischen Verpfändung des Lehnguts, sowie derjenigen, welche eine bewegliche oder unbewegliche Sache oder eine Gerechtigkeit als Miteigenthümer gemeinschaftlich besitzen, bleibt fernerhin unverändert bestehen.

Der §. 3. des Edicts lautet jedoch in seiner Fassung wesentlich anders. Worauf diese Abänderung in der Fassung beruht, ist aus den Acten, welche vorgelegen haben, nicht zu entnehmen. Inzwischen ist nicht zu bezweifeln, daß es gar nicht beabsichtigt war, den Agnaten das Vorkaufsrecht zu conserviren.

Noch vor Publication des Edicts brachte nämlich der damalige General-Commissarius für Pommern und die Neu-

Digitized by Google

mark in einem Berichte vom 17. November 1807 zur Sprache, daß das Edict, wörtlich gedeutet, den Agnaten ihr Vorkaufsrecht entziehe. Er bezweifelte, daß dies beabsichtigt sei. Der Kanzler von Schrötter erwiderte jedoch unter dem 1. December 1807: das Bedenken erledige sich aus dem Edicte selbst. Nach diesem hätten Agnaten und die übrigen Lehnsberechtigten allerdings ihr Vorkaufs- und Näherrecht durch den §. 3. verloren. Der Kanzler von Schrötter machte indessen gleichzeitig von diesem Bescheide dem Staatsminister von Stein Mittheilung und stellte anheim, ob nicht angemessen sein werde, von den Landes-Collegien Anzeige zu fordern, ob die Verfassung einzelner Provinzen bei der Anwendbarkeit des Edicts Bedenken veranlasse und diese, wenn sie statt fänden, durch eine Declaration auf einmal zu heben. Der Staatsminister von Stein fand jedoch in seinem Antwortschreiben vom 4. December 1807 nicht rathsam, eine solche Aufforderung zu erlassen. Er stellte den Gesichtspunkt auf, man müsse das Edict vom 9. October als das gemeine Recht behandeln, welches in der Regel allgemein gelte. Einzelne provinzielle Abweichungen würden sich durch Immediat-Rescripte treffen und sanctioniren lassen; in Ansehung des Vorkaufsrechts bei Lehnen könne das Edict durch ein Immediat-Rescript declarirt werden. In gleichem Sinne äußert sich der Staatsminister von Stein in einem späteren Schreiben von 13. December 1807: der Sinn des §. 3. des Edicts sei, die Consolidation des getrennten Eigenthums zu befördern, ohne Jemandem dadurch ein Recht zu nehmen, und hiernach werde das in Pommern subsistirende Vorkaufsrecht ferner fortdauern können. Dies sei aber Sache der besondern speciellen Bestimmungen, wodurch jedoch die Emanirung des Fundamental-Gesetzes nicht aufgehalten werden dürfe. Hierbei ist es

Digitized by Google

indessen verblieben. Die vorbehaltenen besonderen Bestimmungen in Beziehung auf das agnatische Vorkaufsrecht sind nicht ergangen.

Wenn diejenigen Staatsdiener, welche das Gesetz vorbereitet, entworfen und dasselbe contrasignirt haben, sich in amtlichen Verhandlungen mit solcher Bestimmtheit darüber aussprechen, wie das Gesetz zu verstehen und was gemeint sei, so wird man sich nicht berechtigt halten können, diese Aeußerungen als bedeutungslos bei Seite zu schieben. Es kann vielmehr hiernach gar nicht zweifelhaft sein, daß es wirklich die Absicht gewesen ist, durch den §. 3. des Edicts vom 9. October 1807 das den Agnaten zustehende Vorkaufsrecht im Allgemeinen aufzuheben, und daß der im §. 3. des Edicts gebrauchte Ausdruck „Miteigenthümer" auf das Verhältniß des Agnaten nicht zu beziehen ist, dieser Ausdruck vielmehr eine andere Bedeutung hat.

Gleichwohl hat sich die entgegengesetzte Ansicht in der Praxis fortwährend geltend gemacht, und gerade dies hat Veranlassung gegeben, den §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 so zu fassen, wie er jetzt lautet.

Der ursprüngliche, durch die Regierung vorgelegte Entwurf des Gesetzes lautete im §. 2. dahin:

> Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, so weit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:
>
> zu 6. Alle Vorkaufs-, Näher- und Retractrechte an Immobilien, mit Ausnahme des Vorkaufsrechts der Miteigenthümer, so wie des nach dem Rheinischen Civil-Gesetzbuche den Miterben zustehenden Retractrechts.

In den Motiven ward die Ausnahme, welche hinsichtlich des Vorkaufsrechts der Miteigenthümer an den ideellen Theilen einer gemeinschaftlichen Sache, so wie

Digitized by Google

des ihm ähnlichen im Art. 841. des Rheinischen Civil-Gesetzbuchs gewährten Retractrechts gemacht war, damit gerechtfertigt, daß sowohl das gesellschaftliche, als das Familien-Verhältniß vor dem willkürlichen Sicheindrängen dritter Personen geschützt bleiben müsse. In der zweiten Kammer ward zwar der Gesetz-Entwurf durch Aufnahme noch mehrerer anderer Fälle, in welchen das Vorkaufsrecht aufrecht erhalten werden solle, ergänzt; die Bestimmung hinsichtlich des Vorkaufsrechts der Miteigenthümer erhielt jedoch die Zustimmung der zweiten Kammer. Der Entwurf ging hierauf in folgender Fassung an die erste Kammer:

das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht, sowie das Vorkaufsrecht der Miteigenthümer an den Antheilen der gemeinschaftlichen Sachen u. s. w. bleiben auch ferner in Kraft.

Mit dieser Bestimmung an sich erklärte sich auch die erste Kammer einverstanden. In derselben ward jedoch der Antrag gestellt, statt der Worte „Miteigenthümer an den Antheilen an der gemeinschaftlichen Sache" zu sagen: „derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthume besitzen, an deren Antheilen." Diese veränderte Fassung ward dadurch motivirt, daß der in dem §. 3. des Edicts vom 9. October 1807 gebrauchte Ausdruck „Miteigenthümer" zu dem Zweifel Anlaß gegeben habe, ob unter diesem Ausdrucke auch Agnaten und die bei Lehnen indirect betheiligten Familienglieder zu verstehen, daß es aber nothwendig sei, eine Fassung zu wählen, welche solche Zweifel und die aus solchem hervorgehende unrichtige Deutung des Gesetzes beseitige. Mit dieser vorgeschlagenen Fassung erklärte sich die Regierung durch das Organ ihres Commissarii einverstanden; nicht minder geschah dies von beiden Kammern

Digitized by Google

und in Folge deſſen iſt das Geſetz in dem §. 4. ſo erlaſſen, als dieſer jetzt lautet.

Hiernach iſt es durchaus zweifellos, daß bei dem aufrecht erhaltenen Vorkaufsrechte derjenigen, „die eine Sache gemeinſchaftlich zum vollen Miteigenthum beſitzen, an deren Antheilen" ein gewöhnliches Miteigenthum mit ideellen Antheilen der Einzelnen vorausgeſetzt iſt, alſo dasjenige Vorkaufsrecht, deſſen die §§. 61. u. 65. Thl. I. Tit. 17. A. L. R. gedenken. Auf Lehns-Agnaten kann aber jene Beſtimmung offenbar nicht bezogen werden. Die Agnaten als ſolche befinden ſich nicht im Beſitze des Lehns und eben ſo wenig bezieht ſich das von ihnen auszuübende Vorkaufsrecht auf einen Antheil an dem Lehen. Die ohne Beſitz beſtehende Mitbelehnſchaft bringt keine Quote der einzelnen Geſammthänder am Lehn mit ſich; das Condominium der Mitbelehnten und Agnaten iſt vielmehr nur die rechtliche Form für beſtimmte materielle Befugniſſe, bewirkt aber nicht, daß einer Seits der beſitzende Vaſall, anderer Seits die einzelnen Mitbelehnten beſtimmte ideelle Antheile an dem Lehn haben. Dies gilt insbeſondere in Beziehung auf das Vorkaufsrecht der Agnaten. Daſſelbe, als beſtehend vorausgeſetzt, beſchränkt ſich nicht auf gewiſſe Antheile; es geht auf alles dasjenige, was überhaupt veräußert worden iſt.

Die vorſtehenden Gründe können daher nicht zweifelhaft laſſen, daß der Grund, aus welchem in dem früheren Urtel vom 10. November 1851 das Vorkaufsrecht der Agnaten als noch beſtehend angenommen worden iſt, in dem Geſetze vom 2. März 1850 keine Rechtfertigung findet.

Nach den bereits mitgetheilten, durch den §. 3. des Edicts vom 9. October 1807 hervorgerufenen amtlichen Verhandlungen iſt zwar zweifellos, daß das Vorkaufsrecht der Agnaten bereits durch das Edict vom 9. October 1807

Digitized by Google

aufgehoben worden. Daraus würde indessen nicht zu folgern sein, daß in der Bestimmung dieses Edicts das agnatische Vorkaufsrecht auch dann untergegangen gewesen, wenn dasselbe seine Begründung in Provinzial-Gesetzen fand. Jenes Edict sollte vielmehr nur das gemeine Recht darstellen, und es kam eben deshalb der §. 61. der Einleitung zum Allg. Landr. zur Anwendung, nach welchem

> Statute und Provinzial-Gesetze durch neuere allgemeine Gesetze nicht aufgehoben werden, wenn nicht in letztern die Aufhebung der erstern deutlich verordnet ist.

Daß aber in dem Edicte vom 9. October 1807 die Aufhebung der das agnatische Vorkaufsrecht begründenden Provinzial-Gesetze verordnet sei, wird sich so wenig behaupten lassen, daß vielmehr nach dem dargestellten Gange der Gesetzgebung gerade das Gegentheil anzunehmen ist.

Dies führt aber zu der Frage, ob mit Anwendung des in dem §. 61. der Einleitung zum Allg. Landr. aufgestellten Grundsatzes auf das Gesetz vom 2. März 1850, durch dessen §. 2. auch das in Provinzial-Gesetzen begründete agnatische Vorkaufsrecht aufgehoben sei. Es kann indessen nicht bedenklich sein, diese Frage zu bejahen. Ausdrücklich ist zwar in dem Gesetze vom 2. März 1850 die Aufhebung solcher Provinzial-Gesetze nicht ausgesprochen. Dies fordert aber auch der §. 61. der Einleitung nicht, sondern nur, daß die Aufhebung deutlich verordnet sei; es muß also genügen, wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß solche Aufhebung in der Absicht des Gesetzgebers liege. Daß dies aber in dem vorliegenden Falle wirklich beabsichtigt worden, ergiebt sich aus der ganzen Tendenz des Gesetzes, welches, indem dasselbe den Kammern vorgelegt ward, ausdrücklich als ein politisch nothwendiges bezeichnet und bei dessen Berathung von den Vertretern der Regierung wiederholt und

Digitized by Google

auf das nachdrücklichste hervorgehoben ist, daß es ganz unausführbar gewesen sein würde, die von dem Gesetze berührten Verhältnisse provinziell zu ordnen, daß vielmehr ein allgemeines Gesetz Bedürfniß sei. In diesem Sinne sind denn auch in dem §. 1. des Gesetzes eine Reihe theils allgemeiner, theils nur für einzelne Landestheile ergangene Gesetze aufgehoben; am Schlusse des §. 1. ist aber noch hinzugefügt:

> Auch werden die Bestimmungen der vorstehend nicht aufgehobenen Gesetze außer Kraft gesetzt, welche den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen oder mit demselben sich nicht vereinigen lassen.

Hierdurch sind also auch die nicht speciell genannten provinziellen Rechtsnormen, folglich auch die über das Vorkaufsrecht der Agnaten, außer Kraft gesetzt. Dafür spricht nicht minder die Fassung der §§. 2. und 3. des Gesetzes. Die Berechtigungen, welche hiernach ohne Entschädigung aufgehoben worden, sind ganz allgemein als solche hingestellt und in einer Weise, daß der Gedanke, als solle hiervon in diesem oder jenem Landestheile, auf Grund der in solchen bestehenden Particular-Gesetze, noch eine Ausnahme zulässig sein, gar nicht aufkommen kann. Es ist vielmehr durchaus klar, daß die Absicht dahin gegangen, die §§. 1. u. 2. verzeichneten Berechtigungen ohne Rücksicht auf Grund und Umfang ihrer Geltung aufzuheben.

№ 37.

Rechtlicher Begriff der Alluvion.

Die Erwerbungsart durch Alluvion ist nicht auf Flüsse und Ströme beschränkt, ist vielmehr überall an

Digitized by Google

ihrer Stelle, wo ein allmähliches Anspülen fremder Erdtheile thatsächlich denkbar und möglich ist.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 225.

In das frische Haff hinein erstreckt sich, in Gestalt einer Halbinsel, ein zum Areale des Dorfes Wangitt gehöriges Wiesenterrain, „der Wangitter Haken" genannt. Schon seit mehreren Jahren haben sich an dieser Erdzunge Anlandungen in der Art gebildet, daß der, rings um den Haken nur flach unter dem Wasserspiegel liegende Haffboden, welcher soweit er mit Rohr, Schilf, Binsen und gröberen Grasarten bewachsen ist, „die Holme" heißt, längs dem Ufer allmählich als festes Land sich erhob.

Als Besitzer des Hakens behaupten die Wirthe G. und Genossen zu Wangitt, an dem solchergestalt neu entstandenen Wiesengrunde, dessen Flächeninhalt sie auf 19 Morgen 153 □Ruthen angeben, auch ohne besondere Besitzergreifung durch Alluvion Eigenthum erworben zu haben, und wurden, als im Jahre 1851 Fiskus mit den Rohr- und Schilfnutzungen der Holme zugleich auch jene Anlandungen verpachtete, wider ihn mit dem Antrage klaghar:

den verklagten Fiskus für schuldig zu erachten, die Alluvionen längs dem Wangittschen Haken, wie dieselben auf einer mit der Klage überreichten Karte kenntlich gemacht sind — als Eigenthum der Kläger anzuerkennen.

Verklagter widersprach der Klage und trug auf deren Abweisung an, indem er auszuführen suchte, daß die, lediglich in Beziehung auf Flüsse gegebenen Vorschriften über den Erwerb durch Alluvion auf den vorliegenden Fall keine Anwendung erleiden dürften, weil das frische Haff als ein Meerbusen oder Hafen anzusehen sei, und mit seinem Grund

Digitized by Google

und Boden, gleich den Häfen und Meeres-Ufern, zum Staatseigenthum gehöre.

Durch das Urtel des Kreisgerichts zu Königsberg vom 27. April 1853 ist jedoch nach dem Antrage der Kläger erkannt und dieses Urtel von dem Appellations-Gericht zu Königsberg unter dem 18. October 1853 bestätigt worden. Gegen die Entscheidung des Appellations-Richters ist zwar von Seiten des Fiskus die Nichtigkeits-Beschwerde eingewandt, diese jedoch von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch das Urtel vom 20. September 1854 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Implorant macht dem Appellations-Richter zunächst den Vorwurf, daß er die Natur und den wesentlichen Charakter eines Haffes, insbesondere des frischen Haffes, verkannt habe, wenn in der Entscheidung davon ausgegangen ist, daß die Haffe im Hinblick auf ihre Einmündung in das Meer weder einem Landsee, welcher abgelassen werden könne, noch dem Meere selbst, welches in seiner weiteren Entfernung fortgehe, gleichgestellt werden dürften, sondern als eigenthümliche, das Meer und die Flüsse verbindende Gewässer anzusehen seien. Es ist jedoch nicht ersichtlich, auf welchen Nichtigkeitsgrund Implorant hierbei seine Beschwerde stützt. Der Vorwurf eines rechtsgrundsätzlichen Verstoßes kann den Appellations-Richter schon darum nicht treffen, weil die Frage,

zu welcher Klasse von Gewässern das frische Haff gehört? lediglich factischer Natur ist. Der Ausspruch des Richters, insofern er wesentlich eine Beurtheilung von Gegenständen der Naturwissenschaft in sich schließt, darf nur auf dem Gebiete der letzteren einer Prüfung unterworfen werden. Die Annahme, daß das Haff weder zum Meere gehöre, noch ein

Digitized by Google

Landsee sei, kann daher auch nicht im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde dadurch angegriffen werden, daß Implorant bloß das Gegentheil derselben behauptet; sie gehört vielmehr zur Feststellung des Sachverhältnisses, welches der zweite Richter seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, und welches, da es mittelst eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes nicht angefochten ist, auch weiterhin maaßgebend sein muß.

Der Hauptentscheidungsgrund des Appellations-Richters beruht sodann, was die rechtliche Auffassung der Sache betrifft, darauf, daß der in dem §. 225. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. aufgestellte Grundsatz auch auf die Ufer des frischen Haffes zu beziehen sei. Implorant behauptet dagegen, daß der §. 225. a. a. O. unpassend angewendet sei, was damit zu rechtfertigen gesucht wird, daß gesetzlich nur bei Flüssen und Strömen durch Alluvion Eigenthum von den Uferbesitzern erworben werden könne. Diese Behauptung hat jedoch keinen Grund. Der §. 225. besagt hiervon nichts, spricht vielmehr

„von Verbreitung des Ufers, welche durch das allmähliche Anspülen fremder Erdtheile entsteht."

Nur hierin, in dem allmählichen Anspülen fremder Erdtheile liegt das Charakteristische und Wesentliche der Alluvion; diese als modus acquirendi ist daher überall an ihrer Stelle, wo ein solches allmähliche Anspülen fremder Erdtheile thatsächlich denkbar und möglich ist. Der rechtliche Grund, auf welchem die Alluvion als modus acquirendi beruht, liegt darin, daß die Ausmittelung des bisherigen Eigenthümers der einzelnen Erdtheile unmöglich ist, und eben deshalb diese Erdtheile durch das Gesetz demjenigen überwiesen werden, an dessen Ländereien sich dieselben ansetzen. Die Alluvion muß eben deshalb überall eintreten, wo ein Zufluß solcher fremder Erdtheile denkbar ist, wo-

Digitized by Google

gegen sie von selbst ausgeschlossen wird, wo, wie bei Teichen und See'n, welche in dem ausschließlichen Eigenthume einer bestimmten Person sich befinden, die vorgedachte Voraussetzung nicht zutrifft. Von einer unrichtigen Anwendung des im §. 225. a. a. O. aufgestellten Grundsatzes auf die Hasse würde hiernach nur dann die Rede sein können, wenn sich behaupten ließe, daß hinsichtlich derselben von der Regel, wornach die Verbreitung des Ufers durch Anspülen fremder Erdtheile den Uferbesitzern gehörten, in den allgemeinen oder betreffenden Provinzial-Gesetzen eine Ausnahme gemacht worden; dies ist aber nicht der Fall, und eben deshalb ist der §. 225. a. a. O. richtig angewendet. Und damit zerfällt der Angriff, da, wenn dies anerkannt werden muß, es auf die Gründe, womit der Appellations-Richter noch außerdem seine Entscheidung gestützt hat, nicht ankommt. Namentlich erledigt sich hierdurch der Vorwurf, daß der Appellations-Richter den Rechtsgrundsatz,

daß jedem Rechte eine Verbindlichkeit correspondire,

durch unrichtige Anwendung verletzt habe, ein Vorwurf, welcher überdies grundlos ist, da der Appellations-Richter, indem er jenen Grundsatz aufstellt, damit nur hat ausdrücken wollen, daß, ebenso wie die Alluvion Eigenthum gebe, dasselbe durch Avulsion verloren gehe. Der Appellations-Richter hat sonach Alluvion und Avulsion gleichsam als Correlate einander gegenüber gestellt; in dieser Anwendung des vorgedachten allgemeinen Satzes kann daher die Verletzung eines Rechtsprinzips nicht gefunden werden.

Durch das Vorgesagte erledigt sich nicht minder der Vorwurf, daß der §. 80. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. durch Nichtanwendung verletzt worden, welche Vorschrift schon deshalb außer Anwendung bleiben muß, weil sie durch das von

Digitized by Google

dem Appellations-Richter festgestellte und ohne Erfolg angefochtene Sachverhältniß von selbst ausgeschlossen wird.

Endlich ist zwar noch Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift nach Art. 3. No. 1. der Declaration vom 6. April 1839 gerügt. Aber auch dieser Angriff ist verfehlt, da der Appellations-Richter, wenn er angenommen, daß die Haff-Ufer Privat-Eigenthum seien, darunter begreiflich nicht die ganze Uferstrecke des Haffes verstanden haben kann, und nach Lage der Acten gar nicht streitig ist, daß sich die Ufer des Haffes an den Orten, an welchen sich die fraglichen Alluvionen gebildet, in dem Privat-Eigenthume der Kläger befinden.

№ 38.

Entsagung bei Lehnstheilungen.

1. Die in der Declaration vom 1. Juli 1820 §§. 1—3. zur Lehnsrevocation geforderte Anmeldung der agnatischen Successionsrechte gilt auch für die Descendenten eines Veräußerers.
2. Die im §. 397. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. angegebene Wirkung einer Entsagung bei Lehnstheilungen tritt, wie bei Civiltheilungen, so auch bei Naturaltheilungen ein.

Deklaration des §. 3. der Verordnung vom 11. März 1818 über die Lehen und Fideicommisse in den jenseits der Elbe gelegenen Provinzen vom 1. Juli 1820 (Ges.-Samml. S. 131.).

A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 395—397. 486 ff. 499. 500.

Digitized by Google

Die Gebrüder v. d. A. theilten, damals noch kinderlos, durch Receß vom 16. October 1817 die nachgelassenen, im Gebiete des ehemaligen Königreichs Westphalen belegenen Lehngüter des am 11. April 1816 verstorbenen Domcapitulars v. d. A. Im Eingange des Recesses wird gesagt:

Die Herren Comparenten trugen vor, daß sie die nächsten und einzigen Lehnserben des v. d. A. wären, welcher mehrere Lehngüter nachgelassen habe, welche sie durch Uebereinkommen unter sich vertheilt hätten, und es jetzt ihre Absicht sei, hierüber einen Erbtheilungsreceß gerichtlich abzuschließen.

Im §. 1. des Recesses heißt es sodann:

Die Lehnsverhältnisse, welche in Rücksicht der zu dem Nachlasse des Erblassers gehörigen Lehn- und Stammgüter stattgefunden haben, und durch den eingetretenen Successionsfall in Gemäßheit des westphälischen Decrets vom 28. März 1809 ohnehin schon aufgehoben worden, sind und bleiben aufgehoben, und es erklären die Herren Gebrüder . . ., daß sie, selbst ohne die durch das westphälische Gesetz bewirkte allgemeine Allodification zu berücksichtigen, auf den Grund früherer Familienverträge als die letzten ihres Geschlechts berechtigt wären, den bloß noch in der Familie stattgefundenen Lehnsnexus aufzuheben, von welcher Befugniß sie hiermit Gebrauch machen wollen . . . . Die Herren Gebrüder sollen folglich die auf sie vererbten Lehne künftig von jetzt an als völlig freies Eigenthum besitzen, und ein jeder soll über die ihm abgetretenen Güter nach Gefallen zu disponiren und solche zu verkaufen und zu verpfänden befugt sein. Dieselben begeben sich gegenseitig für sich und ihre Nachkommen aller Lehnsansprüche und Successionsrechte, welche sonst

Digitized by Google

nach den Grundsätzen des Lehnrechts und der Familienverträge . . . stattgefunden haben.

Der eine der theilnehmenden Brüder, Kammerherr v. d. A., erhielt unter andern das Rittergut N. im Halberstädtischen. In dieses setzte er durch Testament vom 15. Juli 1849, in Ermangelung ehelicher Descendenten, seine Adoptiv-Kinder zu Erben ein, welche auch nach dem am 17. August erfolgten Tode des Testators den Besitz ergriffen. Gegen dieselben erhoben die Söhne des anderen Bruders, indem sie die Allodialeigenschaft der oberwähnten Güter nicht anerkannten, die im Recesse von 1817 hierüber getroffenen Bestimmungen hinsichtlich ihrer für unverbindlich und daher den agnatischen Lehnsverband für noch bestehend erklärten, Klage, mit verschiedenen Anträgen, welche jedoch sämmtlich durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Halberstadt vom 13. November 1852 zurückgewiesen wurden. Nachdem in der Appellations-Instanz die Kläger ihre Anträge mehrfach eingeschränkt hatten, erkannte das Appellations-Gericht zu Halberstadt am 10. September 1853, daß es bei der Erklärung der Appellanten,

> ihre Ansprüche auf Feststellung ihrer lehnsmäßigen Successionsrechte auf das Rittergut N. nebst Zubehörungen ohne Vorbehalt einschränken zu wollen,

zu belassen, im übrigen aber das erste Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

Kläger erhoben hiergegen die Nichtigkeits-Beschwerde, in welcher sie zunächst auf Vernichtung des Appellations-Urtels und Verurtheilung der Verklagten zur Anerkennung des klägerischen Lehnssuccessionsrechtes in N. antrugen, eventuell eine andere Fassung des vorigen Urtels in seinem ersten Passus begehrten. Nur der erste Antrag kommt hier in

Digitized by Google

Betracht. Der erste Senat des Ober-Tribunals verwarf denselben durch Erkenntniß vom 26. Juni 1854 aus folgenden

Gründen.

Der Principal-Antrag der Impetranten geht auf völlige Vernichtung des Appellations-Urtels. Dem stehen jedoch mehrfache Gründe entgegen:

A. Das westphälische, den Lehnsverband aufhebende Decret vom 28. März 1809, läßt im Art. 4. ausnahmsweise für die damals bereits gebornen, zur Lehnfolge unmittelbar Berechtigten diese Lehnfolge noch einmal zu, so daß die Verwandlung des Lehns in freies Eigenthum erst bei dem künftigen Successionsfall eintreten sollte. Die Königlich Preußische Verordnung vom 11. März 1818 bestimmt im §. 2. (vgl. Declar. vom 1. Juli 1820), daß in diesem Ausnahmefall, und wenn der dadurch vorbehaltene Successionsfall zur Zeit der Einführung des Allg. Landrechts (vom 1. Januar 1815 an) noch nicht eingetreten, wohl aber möglich geblieben war, die Erbfolgerechte der Agnaten von der Zeit dieser Wiedereinführung an als wiederhergestellt betrachtet werden sollen. Die Declaration vom 1. Juli 1820 ferner verordnet für solchen Fall, daß, wenn die Besitzer der Lehne in der Zwischenzeit von der Einführung des Allg. Landrechts und der Gesetzeskraft der Verordnung vom 11. März 1818, Veräußerungen derselben vorgenommen haben, diejenigen Agnaten unbedingt die Rechte der dritten Erwerber anerkennen müssen, welche ihre Erbfolgerechte weder vor dem 1. Januar 1818 noch nach dem 1. Januar 1818, aber doch vor solcher Veräußerung, zur Eintragung in die Hypothekenbücher angemeldet haben.

In gegenwärtigem Falle traf der Art. 4. des westphälischen Decrets unbestritten für die Gebrüder v. d. A. zu; der ihnen vorbehaltene Successionsfall ferner trat erst

Digitized by Google

nach Einführung des Allg. Landrechts, nämlich am 11. April 1816 ein; vor der Gesetzeskraft der Verordnung vom 11. März 1818, am 16. October 1817, schlossen sie den Receß, welcher dem Erblasser der Verklagten unter andern das zur Zeit des westphälischen Decrets im agnatischen Lehnsbande befindliche Gut N. übertrug.

Der Appellations-Richter sagt nun: die in der Declaration vom 1. Juli 1820 geforderte Anmeldung agnatischer Successionsrechte sei im vorliegenden Falle nirgends erfolgt, und schon deshalb stehe den Klägern das Gesetz vom 11. März 1818 nicht zur Seite, aus welchem sie Successionsrechte auf N. geltend machen wollen.

Gegen diesen Entscheidungsgrund geht die imploranitische Rüge einer Verletzung der Declaration vom 1. Juli 1820 mit der Ausführung: die Declaration setze erstens voraus, daß in jener Zwischenzeit der Besitzer des Lehns es an Dritte veräußere, ein Fall, der hier nicht vorliege, da die Lehnsbesitzer die Lehne allodificirt und unter sich getheilt hätten; sie supponire ferner den Fall, daß die Veräußerung nach dem 1. Januar 1818 geschehen sei, der gleichfalls hier nicht zutreffe, da der Adoptivvater der Verklagten das streitige Gut an sie vererbt habe; Verklagte seien ebensowenig dritte Erwerber, als Kläger die in der Declaration gedachten Agnaten; sie fechten als Descendenten ihres Vaters dessen Handlungen an, und seien nicht verpflichtet gewesen, sich als Agnaten in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen.

Diese Einwendungen gegen die der Declaration vom Appellations-Richter gegebene Deutung sind jedoch nicht haltbar. Zunächst steht die Voraussetzung, unter welcher der §. 3. der Declaration die Agnaten zur Anerkennung der Rechte des Dritten verpflichtet, die Nichtanmeldung der

Digitized by Google

Successionsrechte zu einer der beiden im §. 1. und im §. 2. gedachten Zeiten, fest. Der Act sodann vom 16. October 1817, durch welchen der Vater der Kläger das ihm mit dem Erblasser der Verklagten gemeinsame Gut N. dergestalt an den letztern abtritt, daß dieser über dasselbe nach Gefallen disponiren darf, und wodurch der erstere für sich und seine Nachkommen sich aller Lehnsansprüche und Successionsrechte daran begiebt, durch welchen er also das Gut sich und seinen Nachkommen gänzlich entfremdet, ist zweifelsohne unter den Begriff der Veräußerung zu stellen. Nicht minder ist derjenige, an welchen solche Abtretung geschieht, resp. sein Erbe, für einen Dritten Erwerber im Sinne des Gesetzes zu achten; er ist ein Dritter gegenüber dem Veräußerer und demjenigen, der durch die Veräußerung sich verletzt hält.

Der Zweifel endlich, ob das auf den Mangel der Anmeldung für die Agnaten gesetzte Präjudiz auch auf die Descendenten des Veräußerers zu beziehen sei, löset sich in folgender Weise. Die Verordnung vom 11. März 1818, welche für den obgedachten Fall die vor der fremden Gesetzgebung geltend gewesenen Lehns- und Fideicommißrechte von neuem bestätigt, bedient sich für diese Rechte des Ausdrucks „die Erbfolgerechte der Agnaten" (§. 2.) und „agnatische Erbfolgerechte in Lehen und Fideicommissen" (Eingang). Ebenso drückt nun die Declaration dieser Verordnung sich aus, wenn sie die „Erbfolgerechte der Agnaten" durch jene Verordnung für wiederhergestellt erklärt, und sodann in obiger Weise die Geltendmachung dieser Rechte beschränkt. Hier bleibt, da beide Gesetze unter den „Agnaten" nur dasselbe gemeint haben können, gegen die Imploranten nur dieses Dilemma übrig. Entweder sind unter den Agnaten, wie im A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §. 15. nur

Digitized by Google

Seitenverwandte des Besitzers zu verstehen, und dann bezieht sich die Wiederherstellung der Lehnssuccessionsrechte gar nicht mit auf die der Descendenten. Oder aber, was gewiß das Richtigere, jene Gesetze weichen von dem landrechtlichen Sprachgebrauche ab und nehmen die Agnaten für die durch die sogenannte agnatische, der gewöhnlichen Civilerbfolge entgegengesetzte Erbfolge bestimmten Successoren in Lehne und Fideicommisse; und dann trifft die im §. 3. der Declaration ausgesprochene Verpflichtung der Anmeldung auch die Descendenten des veräußernden Lehnsbesitzers; wie denn auch die analoge Verpflichtung zum Eintragenlassen im Allg. Landrecht (vgl. Thl. I. Tit. 18. §. 294.) sich nicht lediglich auf die Seitenverwandten des Besitzers beschränkt.

Der Entscheidungsgrund also, welchen der Appellations-Richter aus der Declaration vom 1 Juli 1820 in Verbindung mit der Verordnung vom 11. März 1818 und dem westphälischen Decret vom 28. März 1809 hergenommen, wird durch die Anfechtung der Imploranten nicht erschüttert.

Kläger hatten ferner den Receß vom 16. October 1817. deshalb für nichtig erachtet, weil die Contrahenten irrthümlich vorausgesetzt, die Lehngüter seien in Folge der westphälischen Gesetzgebung freies Eigenthum geworden, oder es stehe ihnen doch auf Grund älterer Familienverträge das Recht zu, die Güter ohne weitere Förmlichkeiten für Allode zu erklären. Dagegen bemerkt der Appellations-Richter:

1. daß nach der Zeitfolge der einzelnen Legislationen von 1809 bis 1820 die Contrahenten im Jahre 1817 in jener ersten Voraussetzung nicht geirrt hätten, daß aber auch

2. eine schon bestehende Allodialqualität nicht Beweggrund für die Verfügungen gewesen sei, indem die Contrahenten erklärt hätten, auch ohnedem den Lehnsnexus aufheben zu wollen, wozu Familienverträge sie berechtigten.

Digitized by Google

Sollte überhaupt ein Irrthum obgewaltet haben, so würde er ein Rechtsirrthum sein und den Recess selbst nicht nichtig machen, da

a) der Irrthum nur die Allodificationserklärung, nicht den übrigen Inhalt, insbesondere die Theilung der Lehngüter und Entsagung der Successionsrechte berühren würde, und da

b) selbst ein wesentlicher Irrthum die Willenserklärung nur ungültig mache (§. 75. Thl. I. Tit. 4, §§. 192. 186. ff. Thl. I. Tit. 5. A. L. R.), also nur der Vater der Kläger selber den Vertrag anfechten dürfe.

Imploranten sehen in dieser Ausführung eine Verletzung der obenerwähnten Reihe von Gesetzen, ferner des Edicts vom 9. October 1807 und der vom Appellations-Richter angezogenen Stellen des Allg. Landrechts. Sie behaupten, daß schon durch das Public.-Patent vom 9. September 1814 die Preußischen Gesetze hinsichtlich der ausnahmsweise stehen gebliebenen Lehnsverhältnisse Anwendung erlangt hätten, die Succession also in die fraglichen Lehngüter vom 11. April 1816 unter der Geltung des Allg. Landrechts erfolgt sei. Die Voraussetzung der Contrahenten, daß die Güter schon allodial seien, beruhe demnach auf einem Irrthum über den Hauptgegenstand des Vertrages und entkräfte ihn. Eine Allodification durch die Vasallen sei erst durch das Edict vom 9. October 1807 möglich geworden, und auch nur mittelst eines Familienschlusses. Ohne einen solchen sei sie nicht nur unverbindlich, sondern auch unerlaubt, und auch deshalb seien alle Bestimmungen des Vertrages unverbindlich. Die dafür, daß selbst ein wesentlicher Irrthum die Willenserklärung nur ungültig mache, angeführten Stellen seien nicht passend.

Digitized by Google

Auch diese Angriffe führen nicht zum Ziel. Der Irrthum über die schon bestehende Allodialität, wenn er wirklich vorhanden war, ist vom Appellations-Richter selber, der Erklärung der Contrahenten gemäß, als irrelevant bezeichnet worden. Von dem Irrthume über die Berechtigung zur Allodification aus Familienverträgen, als einem Irrthum im Motiv, behaupten auch die Imploranten nicht, daß er zur Anfechtung des Vertrages führe. Ueberdies ist es vollkommen richtig, daß ein selbst wesentlicher Irrthum nur den Irrenden, nicht jeden Dritten zur Anfechtung befuge. Daß endlich eine Allodification ohne die vorgeschriebenen Förmlichkeiten eine unerlaubte Handlung sei, welche alle Bestimmungen des Geschäftes, in welchem sie enthalten, zugleich mit unverbindlich mache, ist aus den Worten des Edicts vom 9. October 1807 §. 9:

Jede . . . . Lehnsverbindung . . . . . kann durch einen Familienschluß . . . . . gänzlich aufgehoben werden,

keineswegs zu entnehmen.

Die bisher unter A. erörterten Entscheidungsgründe rechtfertigen für sich die Abweisung der klägerischen Ansprüche, und schützen, bei der Vergeblichkeit der dagegen erhobenen Angriffe, daher schon das vorige Erkenntniß gegen die Vernichtung. Unabhängig von demselben sind

B. folgende Ausführungen des Appellations-Richters:

1. Es handle sich im vorliegenden Falle nicht darum, ob der Receß, insofern er Bestimmungen auch über eine Allodification enthält, für alle Agnaten ein gültiger Familienschluß gewesen sein würde, sondern darum, ob die Kläger insbesondere die von ihrem Vater getroffene Theilung und Entsagung anzufechten befugt seien. Falls Vorschriften des Allg. Landrechts die Rechtsbeständigkeit des qu. Theilungsrecesses, auch abgesehen von den Förmlichkeiten nach dem

Digitized by Google

Edict vom Jahre 1807, begründeten, so komme es auf das letztere, welches die Aufhebung der Lehne nicht erschweren sollte, nicht an.

Gegen diese Grundlage für die spätere Darlegung richtet sich folgender Vorwurf der Imploranten: der Appellations-Richter verkenne den wesentlichen Charakter eines Rechtsgeschäfts, wenn er den Vertrag von 1817 für einen Theilungsreceß, für eine Vereinbarung über Succession und Alienation in Bezug auf Lehngüter erachte. Nach seinen eigenen Feststellungen hätten die Contrahenten nicht Lehngüter theilen, sondern Lehngüter allodificiren und diese allodificirten Güter theilen wollen. Bei einer Allodification werde das Lehn für immer allen zur Lehnfolge Berechtigten entzogen, bei jener Vereinbarung aber nicht. Ein zur Allodification erforderlicher Familienschluß aber sei gar nicht von den Contrahenten beabsichtigt, wie es denn auch an allen Förmlichkeiten dazu fehle.

Dieser Vorwurf ist unbegründet. Der Appellations-Richter trennt principiell sehr wohl die Allodification des Lehns, zu welcher das Edict vom Jahre 1807 den Familienschluß fordere, von jenen andern Vereinbarungen, für welche ein solcher nicht erforderlich sei. Er erkennt ferner für den vorliegenden Fall ausdrücklich an, daß die Parteien eine Allodification beabsichtigten, scheidet aber von dieser Bestimmung die „übrigen contenta des Vertrages insbesondere die Theilung der Lehngüter und die Entsagung der Successionsrechte", er nennt in Uebereinstimmung mit dem Eingange des Vertrages denselben einen Erbtheilungsreceß, und geht sichtlich davon aus, daß die Parteien jene übrigen contenta auch unabhängig von der Allodification zur Geltung bringen wollten. Hätte er hierin geirrt, so würde doch, da die Imploranten eine Feststellung wider den wört-

Digitized by Google

lichen Inhalt des Recesses nicht behaupten, nur eine unrichtige Würdigung von Thatsachen, welche außer dem Bereiche der Nichtigkeits-Angriffe liegt, nicht ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß ihm zur Last fallen. Gegen die Folgerung schließlich, daß der klägerische Antrag unbegründet sei, falls die Kläger auch nur die Theilung der Güter mit Verzicht auf die Successionsrechte wider sich gelten lassen müssen, ist imploratischer Seits nichts eingewendet worden.

Der Appellations-Richter führt nun

2. aus, daß der Vertrag, auch ohne die Erfordernisse eines Familienschlusses an sich zu tragen, den Klägern gegenüber in jenen seinen Bestimmungen gültig sei, theils nach dem Halberstädtischen Provinzial-Lehnrecht, theils nach dem Allg. Landr., und zwar hier, nach verschiedenen Vorschriften, unter anderen nach dem §. 397. Thl. I. Tit. 18. Dieser schließe das den Söhnen des Lehnsbesitzers in den §§. 268., 273. ebendas. gegebene Revocationsrecht aus, und sei, wie näher begründet wird, nicht lediglich auf den Fall zu beschränken, wenn der entsagende Agnat durch Geld abgefunden und das Lehn von dem Abfindenden ganz übernommen wird.

Die Beschwerdeschrift behauptet eine falsche Anwendung des §. 397:

a) weil derselbe die Theilung eines Lehns mit Fortbestehen desselben voraussetze, hier aber die Lehnsbesitzer das Lehn allodificirt und dann getheilt und verzichtet hätten. Sie fügt

b) hinzu: es könne dahin gestellt bleiben, ob der §. 397. nur dann Anwendung finde, wenn die Entsagung gegen Abfindung des Agnaten in Geld erfolge, was seitens der Kläger behauptet werde. In deren Auftrage werde der Appellations-Richter der falschen An-

Digitized by Google

wendung des §. 397. auch deshalb beschuldigt, weil vorliegenden Falls eine Naturaltheilung, nicht eine Abfindung im Gelde stattgefunden habe.

Der Vorwurf ad a. behebt sich indessen durch die Bemerkung, daß, wie ad 1. dargelegt worden, der Appellations-Richter keineswegs voraussetzt, die Contrahenten hätten die Güter nur als allodificirte Güter, nicht als ererbte Güter überhaupt theilen und gegenseitig ihren Successionsrechten nicht auch, in so weit sie lehnrechtlicher Art, entsagen wollen. Auch die in einer am Schlusse der Beschwerdeschrift zur weitern Rechtfertigung angezogenen Druckschrift näher ausgeführte Beschuldigung ad b. kann als begründet nicht erachtet werden.

Das Allg. Landrecht schließt der Lehre von der Linealsuccession im Lehne folgende Bestimmungen an.

§. 395. Bei dieser Linealsuccession macht es keinen Unterschied, ob das Lehn schon einmal getheilt worden oder nicht.

§. 396. Wenn also auch eine Linie schon einmal abgefunden worden, so steht doch dieses ihrem Rechte nicht entgegen, sobald sie nach den Gesetzen der Linealsuccession anderweitig zum Lehne berufen wird.

Es wird mithin gegen die Regel des altdeutschen Lehnrechts der Grundsatz des neuern gemeinen Lehnrechts bestätigt, daß die Theilung nicht Erbe bricht, daß sie im Zweifel keine sogenannte Todtheilung ist, daß sie den Theilenden einen Erbanspruch an dem Theil des Andern nicht unbedingt und für immer entzieht. Doch erleidet diese Regel eine Beschränkung nach dem

§. 397. Hat aber bei Theilungen ein abgefundener Agnat allen künftigen Anfällen für sich und seine lehnsfähigen Nachkommen ausdrücklich entsagt, so können

Digitized by Google

auch diese, selbst wenn sie des Entsagenden Erben oder Erbeserben nicht geworden sind, auf dergleichen fernere Anfälle keinen Anspruch machen.

Für die Ansicht beider Vorderrichter nun, daß der §. 397. auch dann Anwendung leide, wenn gleich der Entsagende bei der Theilung etwas von der Lehnssubstanz selber erhalten hat, spricht

1. die ganze ratio der Bestimmung, die innere Natur des Verhältnisses. Schließt man den §. 397. für die sogenannte Naturaltheilung aus, so ist bei dieser eine für alle Fälle sichernde Entsagung der Theilenden, eine Todtheilung gar nicht möglich. Denn, um den Widerspruch der nascituri zu beseitigen, bliebe ja nur die Form eines Familienschlusses übrig; ein solcher ist aber nicht auf den Fall berechnet, wenn es sich, wie bei einer Theilung, nur um die Interessen der Theilenden und ihrer Nachkommen, also etwa einzelner Linien, nicht um die der ganzen Familie handelt. Mithin würde bei der Meinung der Kläger zwischen der Natural- und der sogenannten Civiltheilung, ein sehr wichtiger Gegensatz hinsichtlich der Möglichkeit einer Todtheilung sich ergeben. Eine solche Scheidung wäre aber weder praktisch durchzuführen, noch innerlich zu rechtfertigen. Im Leben schließen jene beiden Arten von Theilungen sich nicht rein und scharf einander aus; sehr häufig tritt eine Mischung ein, wie denn im gegenwärtigen Falle der Erblasser der Verklagten neben gewissen Gütern von den angefallenen Gütern noch eine Ausgleichungssumme von circa 85,000 Thlr. erhielt. Bei diesem Ineinanderlaufen beider Theilungsarten wäre eine zu jenem Behufe erforderliche scharfe Scheidung durch den Gesetzgeber nur in sehr positiver Weise zu bewirken, nehme man nun eine Naturaltheilung immer an, wo jedes auch nur etwas, noch so geringes aus der Masse

Digitized by Google

erhält, oder nur dann, wenn gar nichts an Ausgleichungsgeldern gegeben wird, oder endlich dann, wenn das in natura empfangene überwiegt. Aber es fehlt zu solcher mehr oder minder willkührlichen Begrenzung auch an jedem inneren Grunde. Warum soll z. B., wenn von dem aus einem Grundstücke und aus einem Geldlehne bestehenden Nachlasse der eine Bruder das Grundstück, der andere das Geldlehn nimmt, dieser Fall rücksichtlich der Wirkung einer Entsagung völlig anders behandelt werden, als derjenige, wo nur ein Gut vorhanden, und die von dem Annehmer herausgezahlte Summe als Geldlehn auf dem Gute stehen bleibt? Oder, wie ließe es sich erklären, daß derjenige, welcher nichts von der Lehnssubstanz, sondern nur eine Geldabfindung erhält, gültig für sich und seine Nachkommen auf das ganze Lehn soll verzichten können, derjenige aber, welcher mit dem Andern in natura theilt, zu solcher Entsagung nicht einmal auf den Theil des Andern befugt sein soll? Die erwähnte Druckschrift versucht zwar eine Erklärung in folgender Weise: erhalte der Abgefundene ein Capital zu seiner freien Verfügung und entsage dagegen seinen Rechten am Lehne selbst, so lasse sich dies allenfalls rechtfertigen, weil die Contrahenten sich in ihren Rechten darin gleichgestellt fänden, daß der Eine den Andern nicht mehr durch seine und der Seinigen Successionsrechte beschränke. Wenn dagegen bei einer Naturaltheilung der Eine entsage, der Andere nicht, so fehle die Parität; entsagten sie aber gegenseitig, unter gänzlicher Allodification der Güter, und ein anderer Fall lasse sich kaum denken, so werde der Zweck der Constituirung des Lehns sofort verfehlt. Dieser Versuch jedoch, der von den Klägern gewollten Unterscheidung einen inneren Halt zu schaffen, beruht auf ganz unrichtigen Voraussetzungen. Einer Seits ist es nicht wesentlich,

Digitized by Google

daß der mit Capital abgefundene dasselbe zu freier Verfügung erhalte; ja dies ist nicht einmal die Regel, denn nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 493. 496. 499. vgl. 502. 504. bleibt in dubio die Portion der Abgefundenen im Lehne stehen, und es wird dann darin nach Lehnrecht succedirt; es kann sogar das baar Herausgezahlte durch Abrede die Lehnseigenschaft erhalten. Andrer Seits ist bei der Naturaltheilung eine gegenseitige Entsagung, auch mit Beibehaltung der Lehnseigenschaft, schon weil die Theilenden etwa eine agnatische Succession unter ihren Nachkommen wünschen, sehr wohl denkbar. Was sodann

2. den Sprachgebrauch, namentlich das Allg. Landrecht und die in den fraglichen Stellen gewählten Ausdrücke anbelangt, so setzen die Worte des §. 486. Thl. I. Tit. 18: „jede Lehnstheilung, sie geschehe in Natur oder durch Abfindung," allerdings voraus, daß das Gesetz die zwei im Leben bald rein, bald gemischt vorkommenden Weisen der Lehnstheilung unter jenen Benennungen kenne, und es ergeben die späteren Paragraphen, daß, wenn einer der Lehnsfolger das Ganze nimmt und den übrigen ihre Portionen in Geld herausgiebt, er dieselben „abfindet" und sie „Abgefundene" heißen. Allein hieraus folgt nicht, daß dieser Fall der einzige einer „Abfindung" sei, daß anderweitig, wenn z. B. A. $\frac{3}{4}$ des Lehnes nimmt, B. aber $\frac{1}{4}$ des Lehnes und Geld zur Entschädigung erhält, oder wenn die Vergütigung in andern Dingen als Geld gegeben wird, nicht von Abgefundenen zu sprechen sei; es folgt überhaupt nicht, daß das Allg. Landr. den Ausdrücken „Abfindung, Abgefundener" im Lehnrecht eine technische, von dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens abweichende Bedeutung beilege, daß es versuche, eine scharfe Linie zwischen Abgefundenen und Abgetheilten zu ziehen.

Digitized by Google

In gewöhnlicher Rede heißt nun abfinden so viel, als jemanden wegen eines Anspruches durch ein Surrogat des eigentlichen Gegenstandes des Anspruches, befriedigen; wobei nicht ausgeschlossen wird, daß dieses Surrogat auch in einem Theil des Beanspruchten selber bestehen könne. Wenn z. B. das A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §. 368 ff. von der Abfindung der Kinder wegen ihres Erbrechtes bei Lebzeiten der Eltern spricht, so leidet es keinen Zweifel, daß diese Abfindung auch in Vermögensstücken geschehen könne, welche dereinst zu der Erbschaft gehört haben würden. Dieser Sprachgebrauch würde es also auch zulassen, denjenigen, der statt einer Quote an mehreren Lehngütern eins derselben ganz erhält, hinsichtlich der aufgegebenen Ansprüche an den andern Gütern einen Abgefundenen zu nennen. Und solche Ausdrucksweise liegt allerdings in den oben citirten §§. 395. bis 397. am nächsten. Der §. 395. stellt das allgemeine Prinzip: Lehnstheilung bricht nicht Erbe, auf; der §. 396. erläutert es durch die Anwendung:

Wenn also auch eine Linie schon einmal abgefunden worden u. s. w.

Daß jenes Prinzip des §. 395. gleichmäßig bei Naturaltheilungen und Abfindungen gelte, ist unzweifelhaft; entweder muß also das „abgefunden" des §. 396. in dem weiten Sinne genommen werden, daß es den Fall, wo eine Linie etwas von der Lehnssubstanz bekommen hat, und damit für ihre Quotenansprüche an dem übrigen befriedigt ist, mitbegreift, oder aber, was im Resultate auf dasselbe hinauskommt, es muß dasjenige, was ausdrücklich nur von der einen Art der Theilung ausgesagt wäre, ob paritatem rationis nothwendig auf die andere mitbezogen werden. Gilt dies nun bei der Deutung des §. 396. so auch folgerecht weiter bei der Auslegung der Worte des §. 397:

Digitized by Google

Hat aber bei Theilungen ein abgefundener Agnat u. s. w.

Hätte das Allg. Landr. hier den Begriff verengern und diejenige Abfindung, welche auch bei der Naturaltheilung mit vorkommen kann, ausschließen wollen, so würde theils eine scharfe Scheidung zwischen einem abgefundenen und einem abgetheilten Agnaten — die jedoch fehlt — erforderlich gewesen, theils nach der gewöhnlichen Darstellungsweise des Allg. Landr. die Ausschließung der Naturaltheilung durch einen Gegensatz bestimmter hervorgehoben worden sein. So weit also wie die Regel in den §§. 395. 396., so weit muß auch die Ausnahme im §. 397. greifen.

Nach jenen innern Gründen und diesen gebrauchten Ausdrücken kann es also nicht bedenklich fallen, mit dem Appellations-Richter die Vorschrift des §. 397. auf diese wie jene Art der Theilung zu beziehen, und für beide die Möglichkeit einer Todttheilung unter den Bedingungen des §. 397. anzuerkennen. Und es wird auch durch das Gewicht dieser Gründe der Einwand, daß der §. 397. hinsichtlich der Wirksamkeit der Entsagung eine Ausnahme von den Regeln der §§. 266. 273. begründet, und im Zweifel eng zu deuten wäre, beseitigt.

Die Druckschrift sucht

3. noch in der Hinweisung der §. 500. Thl. I. Tit. 18. auf die §§. 396. 397. eine Stütze für die Meinung, daß der §. 397. auf den Fall zu beschränken sei, wenn die durch Geldportionen Abgefundenen den Successionsrechten entsagt haben. Doch ohne Erfolg. Der §. 499. ebendas. bestimmt, daß wenn den Abgefundenen ihre Portionen baar herausgezahlt worden, das Gezahlte im Mangel besonderer Abrede nicht die Lehnseigen-

Digitized by Google

schaft habe, sondern freies Eigenthum der Empfänger werde, und der §. 500. fügt hinzu:

> Wegen der auch solchen Abgefundenen auf das Lehn selbst verbleibenden Agnationsrechte hat es bei den Vorschriften §§. 396. 397. sein Bewenden.

Der einfache Sinn ist also: selbst dann, wenn die Abfindung nicht wieder Lehnseigenschaft annimmt, sondern dem Abgefundenen zur freien Disposition bleibt, soll er dennoch nach §. 396. sein agnatisches Erbrecht am Lehn behalten, falls er nicht besonders nach §. 397. entsagt. Der §. 500. will demnach nicht die Anwendung des §. 397. auf den Fall des §. 499. einschränken — wonach sogar eine Abfindung, die der Annehmer des Ganzen in anderm Werthe als Geld gäbe, keine Abfindung im Sinne des §. 397. wäre — sondern der §. 500. will vielmehr die Anwendung der §§. 396. 397. auf jenen Fall, wo sie hätte bezweifelt werden können, mitbezogen wissen, und legt dabei nach den Worten: „wegen der verbleibenden Agnationsrechte," das Hauptgewicht auf die im §. 396. ausgesprochene Regel, daß die Theilung nicht die Successionsrechte breche. Gleich vergeblich bezieht sich endlich

4. noch die Druckschrift auf die Materialien des Allg. Landr. zu der fraglichen Stelle, wie sie unter andern Dües-berg (Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechtes Bd. I. 146.) mittheilt. Danach sind die §§. 395. bis 397. aus einem Monitum zum gedruckten Entwurfe erwachsen, welches festgesetzt verlangte:

> daß, wenn einem der Lehnserben das Lehn allein gegen Abfindung der übrigen abgetreten werde, den Abgefundenen und ihren Nachkommen die Rechte der Agnation beim Erlöschen der lehnsfähigen Nachkommen des Besitzers

Digitized by Google

verbleiben, sofern sie nicht darauf ausdrücklich verzichtet haben.

Suarez hielt diesen und einen andern vorgeschlagenen Zusatz für überflüssig. Doch wurde concludirt:

der letzte Beisatz (d. i. der oben angegebene) ist zu sagen, um die Todtheilung auszuschließen.

Hieraus soll nun, der Druckschrift zufolge, hervorgehen, nicht nur, daß die Regel gegen die Todtheilung streite, sondern auch, daß nach dem veranlassenden Monitum im §. 397. nur an den Fall gedacht worden sei, wenn dem einen Lehnsannehmer ein durch Geld befriedigter Theilhaber gegenüberstehe. Abgesehen indessen davon, daß das Monitum gar nicht einer Abfindung durch Geld gedenkt, ist es überhaupt unzulässig, eine gesetzliche Bestimmung, welche nach Ausweis der Materialien seit dem ersten veranlassenden Monitum noch mehrfach erörtert und anders gefaßt worden ist, nun, ihres letzten allgemeinen Ausdruckes und ihrer ratio ungeachtet, auf den besondern Fall einschränken zu wollen, der dem Monenten vor Augen lag, oder den er gar bei seinem Vorschlage nur als Beispiel gebrauchte.

Hiernach ist denn überhaupt der §. 397. von dem Appellations-Richter mit Recht auf den vorliegenden Fall bezogen worden; es reicht ferner diese Beziehung in Verbindung mit der ad B. 1. gedachten Ausführung und mit dem Umstande, daß die Imploranten selber das Allg. Landr. angewendet wissen wollen, für sich hin, um die Abweisung des klägerischen Antrages:

daß die Verklagten in die Sicherstellung der Kläger Successionsrechte auf N. durch Eintragung einer Protestation zu willigen hätten,

zu rechtfertigen. Mithin mußte auch aus dem zweiten

Digitized by Google

unter B. erörterten Grunde die Nichtigkeits-Beschwerde hinsichtlich des prinzipalen Antrages verworfen werden.

№ 39.

Scheidung von Tisch und Bette.

Der von einem katholischen geistlichen Gerichte auch nach dem 1. April 1849 rechtskräftig erkannten, von den betheiligten Privatpersonen als ungültig nicht angefochtenen beständigen Trennung eines Ehepaares von Tisch und Bette, ist die bürgerliche Wirkung einer gänzlichen Ehescheidung nicht abzusprechen.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 734. 936. 942. 944.

A. G. O. Thl. I. Tit. 16. §. 7.

Verordnung vom 2. Januar 1849, über die Organisation der Gerichte u. s. w. §§. 1. 40. (Gesetz-Samml. S. 1.)

Herrmann von H. war mit der Agnes von F. verheirathet. Beide gehören der katholischen Religion an. Im Jahre 1846 verlangte der Ehemann die beständige Trennung von Tisch und Bett seiner Ehefrau, auch daß sie für den allein schuldigen Theil erklärt werde, indem er sie der Verletzung der ehelichen Treue beschuldigte. Die Klage ward bei dem fürstbischöflichen Gericht zu Breslau angestellt und verhandelt, wobei die Ehefrau widerklagend auftrat und ihren Ehemann gleichfalls des Ehebruchs beschuldigte. Das fürstbischöfliche Consistorium zu Breslau hat am 12. April 1849 — also nach eingetretener Wirksamkeit der Verordnung vom 2. Januar 1849 — erkannt:

daß es dem Kläger Herrmann v. H. zu gestatten, für

Digitized by Google

immer von Tisch, Bett und Wohnung seiner Ehegattin getrennt zu leben, diese für den allein schuldigen Theil zu erachten und sie mit ihrer Widerklage abzuweisen,

und dies Urtel hat das fürstbischöfliche Consistorium in zweiter Instanz bestätigt, es ist also rechtskräftig geworden.

Die von H. hat sich hierauf anderweitig mit dem L. verheirathet. Eine von der Staats-Anwaltschaft gegen dieses Ehepaar angestellte Klage auf Nichtigkeitserklärung dieser Ehe ist in drei Instanzen, zuletzt durch Urtheil des Ober-Tribunals vom 14. Juni 1852, zurückgewiesen worden. Nun hat die früher verehelichte von H., jetzt verehelichte L., im December 1852 gegen den Herrmann von H. auf Vermögens-Auseinandersetzung und Herausgabe ihres, dem von H. eingebrachten, Vermögens geklagt. Es ist aber weder über die Verklagter Seits bestrittene Verität, noch über die Quantität der eingeklagten Forderungen in den früheren Instanzen erkannt worden, indem ein Präjudizial-Einwand des Verklagten für durchgreifend erachtet worden ist. Er behauptet nämlich, daß das geistliche Gericht über die civilrechtlichen Folgen der ausgesprochenen Scheidung von Tisch und Bett nach dem 1. April 1849 nicht mehr habe erkennen können und es in dieser Beziehung an einem Ehescheidungs-Urtel fehle, so daß, da die Ehe noch nicht getrennt sei, der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe ihrer Illata sich als unbegründet darstelle *). Eventualiter verlangt er

*) Es war dies der Grund, aus welchem die Staatsanwaltschaft in der oben erwähnten Nullitätsklage die Nichtigkeit der Ehe des L.schen Ehepaares behauptet hatte, da die geistlichen Gerichte nach dem 1. April 1849 gar keine richterliche Gewalt in Ehesachen mehr gehabt hätten, und es scheint angemessen, die Gründe des auf jene Nullitätsklage ergangenen Revisionsurtheils vom 14. Juni 1852, auf welches in der vorliegenden Sache Bezug genommen ist, hier mitzutheilen. Sie lauten:

Digitized by Google

die Festsetzung einer Ehescheidungsstrafe gegen die Klägerin und daß sie zur Aussetzung eines Pflichttheils für die in der Ehe erzeugten Kinder verurtheilt werde.

Das Kreisgericht zu Pleß hat am 26. October 1853 auf Abweisung der Klägerin erkannt und der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor hat am 16. März 1854 das erste Urtel bestätigt. Der Appellations-Richter citirt den §. 734. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. und den §. 1. der Verordnung vom 2. Januar 1849, deren ersterer lautet:

> Wird unter katholischen Ehegatten auf eine beständige Separation von Tisch und Bette erkannt, so hat dieses alle bürgerlichen Wirkungen einer gänzlichen Ehescheidung;

wogegen §. 1. der Verordn. vom 2. Januar 1849 jede Gerichtsbarkeit, außer der im Namen des Königs ausgeübten, und namentlich

die geistliche Gerichtsbarkeit in allen weltlichen Angelegen-

---

Nach §. 942. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. ist eine Ehe nur für eine ungültige zu achten, wenn die früher bestandene Ehe aus unverschuldetem Irrthume für getrennt angenommen worden. Für einen solchen unverschuldeten Irrthum soll es aber nach §. 944. daf. gehalten werden, wenn die vorige Ehe durch ein richterliches Erkenntniß, dem ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit mangelte, für getrennt erklärt worden ist. Dieser Fall tritt hier ein, indem das geistliche Gericht nach dem 1. April 1849 über die civilrechtliche Trennung der Ehe nicht mehr erkennen durfte, folglich dieser Behörde die Competenz ermangelte, doch aber selbiges als Gericht bestanden hat und noch besteht, und daher jenes Erkenntniß des geistlichen Gerichtes erst für nichtig hätte erklärt werden müssen, ehe die jetzige Klage anzustellen war, diese Nichtigkeit aber wiederum blos wegen der Inkompetenz des Gerichtes nicht ausgesprochrn werden konnte. Hiernach ist eine nichtige Ehe unter den beklagten Eheleuten, welche die Staatsanwaltschaft anzufechten befugt wäre, nicht vorhanden.

Digitized by Google

heiten, auch in Prozessen über die civilrechtliche Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe —

aufgehoben hat, so daß:

alle solche Angelegenheiten künftig vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Er fügt sodann bei:

Es handelt sich hier um die Frage, ob durch diese letztere Bestimmung der allegirte Paragraph des Allg. Landrechts aufgehoben worden sei? Dies ist der Fall, was schon daraus folgt, daß zur ausdrücklichen Aufhebung eines Gesetzes auch die Aufhebung eines ganzen Instituts, oder dessen wesentliche Umbildung, womit die dasselbe betreffenden einzelnen Gesetze von selbst fallen, gehört. Ueberdies folgt die Aufhebung auch ganz klar aus §. 40. der Verordnung vom 2. Januar 1849 *). Steht demnach fest, wie auch in dem von der Klägerin allegirten Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 14. Juni 1852 angenommen worden ist, daß das geistliche Gericht nach dem 1. April 1849 über die civilrechtliche Trennung der von H.schen Ehe nicht mehr erkennen durfte, und daß diesem Erkenntnisse die bürgerliche Wirkung einer gänzlichen Ehescheidung nicht beigelegt werden kann, so kann es dahin gestellt bleiben, ob in rein kirchlicher Beziehung die Consistorial-Gerichte noch fortbestehen, und ob sie, um katholische Ehegatten von den kirchlichen Strafen des Getrenntlebens zu befreien, im kirchlichen Wege auf Separation zu erkennen berechtigt sind. Es kann aus diesem Grunde auch nicht darauf ankommen, ob die in beiden Instanzen ergangenen Erkenntnisse des geistlichen

*) Dieser §. 40. sagt: Alle dieser Verordnung entgegenstehenden Vorschriften werden aufgehoben.

Digitized by Google

Gerichts nach §. 7. Tit. 16. der Proceß-Ordnung nicht weiter angefochten werden können. Denn es ist nur entschieden, daß es dem Verklagten zu gestatten, für immer von Tisch, Bett und Wohnung der Klägerin getrennt zu bleiben, diese auch für den schuldigen Theil zu erachten. Darüber, welche Wirkung diese Separation habe, ist sachgemäß nicht erkannt, und es gehört daher zur Prüfung des jetzt erkennenden Richters, ob dieser Separation die bürgerlichen Wirkungen einer gänzlichen Ehescheidung beizulegen sind. Da, wie bereits gezeigt, dies nicht der Fall, resp. die Ehe der von H.schen Eheleute civilrechtlich noch nicht getrennt ist, nach §. 743. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. die Eheleute aber erst nach getrennter Ehe wegen ihres Vermögens auseinander gesetzt werden müssen, so ist der Klageanspruch gänzlich unbegründet. Die Anführungen in der Appellations-Rechtfertigungsschrift beschränken sich darauf, die Verwickelungen darzustellen, welche daraus folgen, daß die von H.sche Ehe noch als fortbestehend angesehen werde, und auf die Erörterung der Frage, ob und wie Klägerin den Verklagten zwingen kann, gegen sie auch bei dem Civil-Gerichte auf Trennung der Ehe zu klagen. Aus diesen Umständen ist aber kein Entscheidungsgrund für die vorliegende Sache zu entnehmen und es müssen jene Fragen hier unberührt bleiben, wo es nur darauf ankommt, nachzuweisen, daß aus einem vom geistlichen Gerichte nach dem 1. April 1849 gefällten Ehescheidungs-Erkenntnisse auf Vermögens-Auseinandersetzung nicht angetragen werden kann.

Die Klägerin legte eine Nichtigkeits-Beschwerde ein, und diese ist auch durch Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. September 1854 für erheblich er-

Digitized by Google

achtet, das Appellations-Urtel vernichtet und das Urtel erster Instanz dahin geändert worden:

daß Klägerin mit der erhobenen Klage nicht abzuweisen, vielmehr der Verklagter Seits aufgestellte Präjudizial-Einwand: daß seine Ehe mit der Klägerin noch nicht auf gesetzliche Weise getrennt sei, zu verwerfen, die sämmtlichen, in der Klage aufgestellten Forderungen und Gegenanträge des Verklagten zur Erörterung zu ziehen und hiernächst in erster Instanz anderweit zu erkennen.

Gründe.

In der gegen das Appellations-Urtel eingewendeten Nichtigkeits-Beschwerde wird die Verletzung des §. 1. der Verordnung vom 2. Januar 1849 und des §. 59. der Einleitung zum Allg. Landrecht behauptet, und dem Appellations-Richter ein Verkennen der Wirkung der res judicata, sowie ein Verstoß gegen §. 7. No. 3. Tit. 16. der Proceß-Ordnung vorgeworfen. Die Nichtigkeits-Beschwerde war für begründet zu achten. Es mag nicht zu billigen sein, daß das geistliche Gericht, nachdem seine Competenz, über die civilrechtliche Trennung der Ehe zu entscheiden, durch §§. 1. und 40. der Verordnung vom 2. Januar 1849 aufgehoben war, dennoch eine solche Entscheidung getroffen hat. Allein dies ist einmal geschehen und sein Urtel ist rechtskräftig geworden. Es kann nach §. 7. Tit. 16. der Proceß-Ordnung, da Fiskus bei der Sache nicht interessirt ist, nicht angefochten werden. Es tritt daher auch die Bestimmung des §. 734. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. ein, da auf beständige Separation erkannt ist, und eine Aufhebung dieses Gesetzes ist speziell nicht erfolgt, kann daher für den vorliegenden Fall einer rechtskräftig ausgesprochenen Scheidung von Tisch und Bett von der Anwendung nicht ausgeschlossen werden.

Wollte man annehmen, daß die Ehe der Parteien noch

Digitized by Google

bestehe, so müßte das gleichzeitige Bestehen zweier Ehen angenommen werden. Denn die Klage der Staats-Anwaltschaft auf Nichtigkeit der späteren Ehe der Klägerin mit L. ist rechtskräftig zurückgewiesen und auf Ungültigkeit dieser Ehe ist von dem, hierzu nur allein berechtigt gewesenen Verklagten niemals geklagt worden. Der Appellations-Richter verstößt gegen diese aus den Gesetzen sich ergebenden Sätze und sein Urtel unterliegt daher der Vernichtung.

In der Sache selbst kann eine definitive Entscheidung nicht ergehen, da die Forderungen der Klägerin und die Anträge der Parteien noch gar nicht zur rechtlichen Erörterung gezogen sind. Diese muß in erster Instanz erfolgen und dann anderweitig erkannt werden.

Hierdurch rechtfertigt sich die Entscheidung.

№ 40.

Bürgerliches Fideicommiß.

Das gemeine deutsche Recht kennt bei der Succession in bürgerliche Familien-Fideicommisse keine gesetzliche Präsumtion für ein Vorzugsrecht des Mannsstammes vor dem Weiberstamm.

A. L. R. Thl. II. Tit. 4. §§. 189 ff.

Der Priester E. Br. zu Westernkotten verordnete testamentarisch am 5. September 1789:

heredem nomino . . . nepotem meum Casparum Velradum Br. hac tamen lege adjecta, ut totius massae plenissimum ad dies vitae habeat usumfructum, post mortem ejus autem in integra heredi-

Digitized by Google

tate (cum onere tamen, ut eodem modo alienatio ipsi sit interdicta hicque hereditatem itidem in ejus heredum ex ipso legitime descendentium aliquem, quem ipse elegerit, cessante autem tali electione natu maximum relinquere debeat) substituo filium heredis ab ipso nominandum sicque hereditatem in familia perpetuo permanere dispono.

Der erste Fideicommißbesitzer Caspar Volrad Br. bestimmte von seinen beiden Söhnen Laurenz und Franz Anton den Letzteren testamentarisch zum Nachfolger. Dieser hat dann wiederum im Jahre 1851 letztwillig die Gütermasse auf zwei seiner Töchter übertragen, welche auch in deren Besitz gelangt sind. Gegen sie sind die Söhne des Laurenz Br. klagend mit dem Antrage hervorgetreten, daß Kläger berechtigt seien, vor den Verklagten in das Fideicommiß zu succediren und daß die Besitzerinnen dasselbe mit den gezogenen Nutzungen herauszugeben hätten. Sie hielten die Frage, ob ein Familien-Fideicommiß vorliege, und ob ihnen Successionsrechte daran zustehen, bereits durch einen Vorproceß rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden. Sie behaupteten ferner, daß der Weiberstamm erst im Mangel des Mannsstammes in das Fideicommiß succediren könne, und beriefen sich dafür vornämlich auf das gemeine deutsche Recht und auf den letzten Willen des Stifters.

Die Kläger wurden jedoch in den beiden Vorder-Instanzen durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Lippstadt vom 29. April 1853 und des Appellations-Gerichts zu Arnsberg vom 17. December 1853 mit ihren Anträgen abgewiesen. Der Appellations-Richter führte insbesondere aus: selbst wenn es rechtskräftig unter den Parteien feststände, daß E. Br. ein Familien-Fideicommiß gestiftet habe, sei dennoch das von den Klägern behauptete Vorzugsrecht nicht

Digitized by Google

gerechtfertigt. Das zur Zeit der Stiftung geltende gemeine Recht kenne bei der Succession in bürgerliche Familien-Fideicommisse ein solches Vorzugsrecht nicht, und eben so wenig sei dasselbe durch die Stiftungsworte (auf deren Auslegung die Gründe näher eingehen) verordnet.

Die hiergegen noch erhobene Nichtigkeits-Beschwerde verwarf der erste Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 26. Juni 1854 aus folgenden

Gründen.

Gegen den Satz des Appellations-Richters:

das gemeine deutsche Recht kenne bei der Succession in bürgerliche Familien-Fideicommisse kein Vorzugsrecht des Mannsstammes vor dem Weiberstamm,

haben die Imploranten zwei Nichtigkeits-Angriffe gerichtet: den ersten, indem sie jenem Satze den andern als einen gemeinrechtlichen, vom Appellations-Richter verletzten Satz entgegen stellen:

daß bei der Succession in Familien-Fideicommisse und zwar in bürgerliche nicht weniger als in adliche, der Mannsstamm den Weiberstamm ausschließe, insofern nicht aus der Stiftungsurkunde der entgegengesetzte Wille erhellt,

den zweiten, indem sie behaupten, daß unter den Lehrern des gemeinen deutschen Rechts jene Frage wenigstens bestritten sei, mithin nach §. 15. des Publications-Patents vom 21. Juni 1825, die §§. 139. 149. 189—198. Thl. II. Tit. 4. A. L. R. für den letztern Grundsatz entscheiden würden, welche Gesetzesstellen also der Appellations-Richter eventuell verletzt habe.

Beide Angriffe sind verfehlt. Kein Schriftsteller des gemeinen deutschen Rechts hat namhaft gemacht werden können, der ausdrücklich gelehrt hätte, daß jene Ausschließung auch bei bürgerlichen Fideicommissen zu präsumiren sei,

Digitized by Google

vielmehr sind Alle, welche sich auf diese Frage bestimmt eingelassen, einstimmig der Ansicht, daß bei solchen Fideicommissen die Vermuthung gegen die Ausschließung streite.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 369. sagt:

„Zur Succession ist bei Fideicommissen des Adels, i, nur der Mannsstamm berechtigt, wenn die Stiftung nicht die Töchter — beruft."

Die Note i. verweiset hinsichtlich der Fideicommisse des dritten Standes auf: Westphal teutsches Privatrecht, Abhandl. 57. §. 14, welcher lautet:

„Wenn in bürgerlichen Familien ein Fideicommiß eingeführt wird, so ist anzunehmen, daß alle, die ohne das Fideicommiß bei diesen Familien den Gesetzen nach succediren werden, das Fideicommiß bekommen sollen. Der Grund der Vererbung unter dem Adel fällt hier weg."

Mittermaier deutsches Privatrecht §. 447. sub IV. ist der Meinung:

„Die Ausschließung der Weiber von der Erbfolge ist zwar ein häufiges, insbesondere bei adlichen Fideicommissen ein gewöhnliches Merkmal, woraus aber nicht folgt, daß dies als nothwendig angenommen werden muß, indem bei den von Nichtadlichen gestifteten Fideicommissen ohnehin diese Ausschließung nicht Regel ist."

Phillips d. Privatrecht, nachdem er im §. 186. die Stammgüter, „in welchen nur die Söhne mit Ausschluß der Töchter zur Succession berufen werden", von den Erbgütern geschieden hat, welche „ganz allgemein dem Intestaterben ohne Rücksicht, ob er männlichen oder weiblichen Geschlechtes, zufallen," definirt dann weiter im §. 187. die Familien-Fideicommisse als Güter, welchen durch ausdrückliche Disposition ihres Besitzers die Stammguts- (für welche

Digitized by Google

wenigstens beim Adel präsumirt wird) oder Erbgutsqualität zu Gunsten gewisser Personen beigelegt ist.

Maurenbrecher d. Privatrecht lehrt §. 572:

„Falsch ist es, daß die Ausschließung des weiblichen Stamms durch den Mannsstamm als stillschweigend in jeder Stiftung enthalten anzusehen. Sie muß überall besonders bewiesen werden." Und die Note f. fügt hinzu: „Begründet ist die abweichende Ansicht nur in Betreff der adlichen Fideicommisse. Das Vorkommen der cognatischen Succession beim bürgerlichen Fideicommiß beweist, daß der Begriff der Fideicommisse mit dem Ausschluß der Weiber nichts gemein hat."

Sodann v. Salza, von Familien-Fideicommissen §. 54:

„Die Präsumtion für stillschweigenden Ausschluß des weiblichen Stammes durch den Mannsstamm ist nur da begründet, wo Landesgesetz oder Standesgebrauch dafür sprechen. Das letztere ist der Fall bei adlichen Fideicommissen."

Ebenso Gerber, d. Privatrecht §. 274:

„Zu den Berechtigten gehören bei den Fideicommissen des Adels alle männliche Verwandte." Note 1: „Fideicommisse des Bürgerstandes werden in der Regel nur die Aufgabe haben, für alle Glieder der Familie, nicht bloß für die Geschlechtsfolger im engeren Sinne eine Versorgung zu gewähren."

Am ausführlichsten hat sich Wilda in der Zeitschrift für d. Recht Bd. XII. (1848) S. 192. dahin ausgesprochen:

„Wenn ein Geschlechts-Fideicommiß zum Besten einer bürgerlichen Familie errichtet worden ..., so kann nicht wohl Erhaltung des Glanzes der Familie in dem Sinne, den man damit bei dem Adel verbindet, als zu vermuthender Hauptzweck unterstellt, und bei der Erklärung der

Digitized by Google

Stiftungsurkunde zu Grunde gelegt werden; denn es würde darin ein Heraustreten aus dem Kreise der Lebenseinrichtungen und selbst der sittlichen Ansichten liegen, wie sie beim Bürgerstand zu herrschen pflegen. Im zweifelhaften Falle wird man daher bei einem bürgerlichen Fideicommiß annehmen müssen, daß dem Gründer das Erbgüterrecht ...., nach welchem das ererbte Vermögen ohne Unterschied des Geschlechts auf alle Nachkommen übergehen soll, vorgeschwebt habe."

Dieser übereinstimmenden Lehre widersprechen auch natürlich diejenigen nicht, welche ausdrücklich nur von Fideicommissen des Adels handelnd, die Ausschließung des Weiberstamms als Regel aufstellen, wie Knipschildt de Fid. familiarum nobilium (1750. 4.), der Cap. VIII. sub 2. den Satz lehrt: successionem quod attinet in haec fideicommissa (familiarum nobilium) succedunt soli agnati, quia hi tantum familiam conservant, und

Runde d. Privatrecht, welcher §§. 692. ff. von den Familien-Fideicommissen unter den „Stammgütern des Adels" spricht und hierbei §. 693. äußert:

„Wesentlich ist zu wahrer Stammgutseigenschaft der Ausschluß der weiblichen Nachkommen bis zum Abgang des Mannsstamms";

oder welche wie Stryk de successione ab int. cap. II. No. 9. für den Fall si constet fideicommissum ad conservationem agnationis folgern: soli succedunt masculi exclusis feminis; oder wie Hillebrand d. Privatrecht S. 686. angeben, daß der Bürgerstand nur selten Fideicommisse errichte, und dann S. 688. mit Berufung auf Wilda a. a. O. bemerken: „Gegründet werden die Fideicommisse regelmäßig nur für die Agnaten einer Familie,"

Digitized by Google

mithin nur die factische Gewöhnlichkeit der Ausschließung aussprechen.

Bei der bekannten Seltenheit der Fideicommisse unter dem Bürgerstande sind endlich auch die sonst noch von den Klägern angezogenen allgemein lautenden Aussprüche anderer Schriftsteller:

Berger oeconomia juris II. 4. §. 32. fideicommissum familiae regulariter solis agnatis competere,

J. H. Böhmer introd. in ius Dig. P. II. l. 36. t. 1. nr. 15. 16. p. 268.: excluduntur merito a fideicommissis familiae feminae, per quas familiae non conservantur.

Pütter, Rechtsfälle Thl. 1. Bd. 3. S. 136., Bd. 2. S. 825.: Die wahre Eigenschaft der Fideicommisse beruhe darauf, daß der Mannsstamm den Töchtern vorgehe, — gleich wie jene von Knipschildt, Runde u. s. w. wohl nur für adliche Fideicommisse gemeint. Wenigstens tritt auch in diesen Aussprüchen eine Bestreitung des von den zuerst genannten Schriftstellern bezeugten Satzes: bei den bürgerlichen Fideicommissen sei die Ausschließung nicht zu präsumiren, nicht mit der Bestimmtheit hervor, welche doch erforderlich wäre, um denselben als einen controversen darzustellen. Es ist demnach auch kein Anlaß zu der von den Imploranten eventuell gewollten Anwendung der Grundsätze des A. L. R. gegeben.

Wenn drittens die Imploranten auch noch die richterliche Auslegung des Testaments, wonach dasselbe den Weiberstamm von der Succession nicht ausschließt, als eine rechtsverletzende und nichtige angreifen, so steht dem im Allgemeinen die Fruchtlosigkeit solcher Angriffe gegen thatsächliche Feststellungen entgegen. Insbesondere ist es unmöglich, daß jene Auslegung das Wesen und die rechtliche Natur eines

Digitized by Google

Familien-Fideicommisses, so wie den rechtlichen Begriff der Familie verkenne, da allbekannter und von den Imploranten ad 1. selber zugegebener Maaßen, der Stifter eines Familien-Fideicommisses auch den Weiberstamm gleich dem Mannsstamm zur Familie zu rechnen und zur Succession zu berufen Fug und Macht hat, mithin der Richter, welcher diesen Willen des Stifters erkennt, doch nicht gegen Wesen und Begriff des Instituts verstoßen kann.

Eben so wenig unterliegt die richterliche Herbeiziehung von Pandektenstellen, als: L. 195. pr., 172. 40. 52. 116., de V. S. (50. 16.) zum Nachweise, daß im masculino gebrauchte Ausdrücke, wie heredum aliquem, natu maximus heredum &c., auch auf Frauenzimmer mit bezogen werden dürfen, dem Vorwurfe, daß diese Stellen bei einem rein germanischen Institute gar nicht in Betracht kämen. Denn jene römischen Auslegungsregeln sind allerdings so allgemeinen Bereiches, daß sie auf lateinisch und unter der Herrschaft des römischen Rechts verfaßte letztwillige Verordnungen sehr wohl bezogen werden dürfen.

Endlich kann der Appellations-Richter gegen die Vorschrift des §. 75. Thl. II. Tit. 4. des A. L. R., daß ein nicht klarer Stiftungsbrief nach dem Zwecke der Erhaltung des Fideicommisses bei der Familie zu deuten sei, um deswillen nicht gefehlt haben, weil er den Sinn der Stiftung nicht zweifelhaft findet, und weil er unter der darin erwähnten Familie die ganze Nachkommenschaft einer Person mit Einschluß der Frauenzimmer begreift, dieser familia aber das Fideicommiß keinesweges entzogen wissen will.

Hiernach erscheint die Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt als nicht begründet.

Digitized by Google

№ 41.

Vertretung der Eingepfarrten im Prozeß.

In Prozessen, in welchen die Kirchengemeinde wegen der von den Eingepfarrten zu leistenden Beiträge zu den Kirchenbaukosten, belangt wird, ist der Kirchenvorstand, als solcher, zur Vertretung der Verklagten nicht legitimirt. Präjudiz No. 2556.

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 157. 159. 619. 650.
A. G. O. Thl. I. Tit. 3. §§. 10. 11. Tit. 7. §. 29.

Der Königliche Fiskus war rechtskräftig verurtheilt worden, nach Verhältniß des Ertrages mehrerer ihm zustehenden Zehnten und mit Vorbehalt des Regresses gegen etwaige andere Verpflichtete zu den Baukosten des Schiffs und Chors der Kirche zu V. beizutragen. In einer gegen die Kirchengemeinde zu V., vertreten durch den Kirchenvorstand daselbst, gerichteten Klage verlangte er hierauf, außer einem dritten, hier nicht interessirenden Antrag, die Erstattung der bereits über den Werth des ganzen Zehntens gezahlten und noch zu zahlenden Kirchenbaukosten, indem er sich auf die Bestimmungen der Kurköllnischen Synodal-Statuten von 1662. cap. II. §. 2. und der constitutio Clementina vom 28. August 1715 bezog, wonach der Zehntherr nur provisionaliter zum Bau verpflichtet und ihm der Regreß gegen die ex speciali causa Verpflichteten, das heiße hier: gegen die Parochianen und mithin gegen die verklagte Kirchengemeinde und zwar jedenfalls wegen Erstattung dessen zustehe, was er mehr an Baukosten gezahlt und noch zu zahlen habe, als der Werth des Zehntens betrage.

Digitized by Google

Der Kirchenvorstand zu B., dem die Klage insinuirt worden, erhob dagegen den Präjudicial-Einwand, daß ihm die Vertretung der Kirchengemeinde gegen die vorliegende Klage weder obliege, noch zustehe. Denn, wenn nach den vom Fiskus in Bezug genommenen Bestimmungen die Eingepfarrten haftbar wären, so seien darunter die einzelnen Eingepfarrten, nicht aber die Kirchengemeinde als Corporation zu verstehen. Auf jeden Fall seien in dem Kirchenvorstande nicht die richtigen Vertreter der Verklagten angegriffen, da die Beschaffung der Kirchenbaukosten durch die Eingepfarrten eine Angelegenheit sei, bei welcher die Kirchengemeinde nicht durch den Vorstand, sondern durch die nach §. 159. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. zu wählenden Repräsentanten vertreten werde. Der Kläger bestritt den Präjudicial-Einwand, weil die verklagte Kirchengemeinde passiv legitimirt, die Klage an den Kirchenvorstand gesetzmäßig insinuirt, und es daher die Sache der Gemeinde oder des Kirchenvorstandes gewesen sei, die Wahl der Repräsentanten, falls sie solche für erforderlich gehalten hätten, zu bewirken. Dieser Ansicht beitretend, erkannte das Kreisgericht zu Arnsberg am 23. September 1853 die verklagte Kirchengemeinde zu der gedachten Erstattung der Kirchenbaukosten schuldig, indem die Vertretung der Kirchengemeinde durch den Kirchenvorstand insbesondere deshalb auch im vorliegenden Fall für begründet erachtet wurde, weil die Kirchengemeinde Eigenthümerin der Kirchengebäude und des Kirchenvermögens sei, mithin der Kirchenvorstand, als Verwalter des Kirchenvermögens zugleich Vertreter der Kirchengesellschaft sei. Auf die Appellation des Kirchenvorstandes erachtete dagegen das Appellations-Gericht zu Arnsberg den Kirchenvorstand für nicht legitimirt, die verklagte Kirchengemeinde im vorliegenden Prozeß zu vertreten, und erkannte am 4. Februar 1854 auf die

Digitized by Google

Abweisung des Klägers mit der Klage. Dieses Erkenntniß ist auf die Revision des Klägers vom ersten Senat des Ober-Tribunals dahin bestätigt worden:

daß der Kläger mit seinen beiden ersten auf Erstattung von gezahlten und noch zu zahlenden Kirchenbaukosten gerichteten Klageanträgen, wegen mangelnder Legitimation des als Vertreter der Kirchengemeinde in Anspruch genommenen Kirchenvorstandes zu V. abzuweisen.

Gründe.

Die Richter beider Instanzen stimmen darin überein, daß die Kirchengemeinde zu V., wegen der von den Eingepfarrten zu entrichtenden Beiträge zu den Kirchenbaukosten, resp. wegen Erstattung der von dem Fiskus über den Betrag seines Zehntens vorgelegten Kirchenbaukosten, belangt werden konnte, und es keiner Klage gegen die einzelnen Eingepfarrten zu dem Ende bedurft habe, wie dies denn auch vom Ober-Tribunal bereits in früheren Fällen angenommen worden ist (vergl. Präjudiz 1816, 2261, Entsch. Bd. 13. S. 525. Bd. 20. S. 384.). Sie weichen aber darin von einander ab, daß der Richter erster Instanz den Kirchenvorstand, gegen den die Klage ausdrücklich als Vertreter der Kirchengemeinde gerichtet ist, als legitimirten Vertreter der Kirchengemeinde in dem Streit wegen der Erstattung jener Baukosten von den Eingepfarrten ansieht, wogegen der Richter zweiter Instanz den Kirchenvorstand als legitimirten Vertreter der Kirchengemeinde in diesem Streite nicht anerkennt und seine Ablehnung dieser Vertretung für wohl begründet erachtet. Diese Ansicht des Appellations-Richters ist auch die richtige. Wenn im §. 29. Thl. I. Tit. 7. A. G. O. gesagt wird:

„Befehle an Stadt- oder Dorfgemeinden, Magistrate, Collegia, Stifter, Capitel, Zünfte, Gewerke u. s. w. wer-

Digitized by Google

den dem vorgesetzten Bürgermeister, Stadtverordneten, Altmeister, Schulzen und Gerichte, sowie bei Collegien oder Stiftern dem Vorgesetzten, Vorsteher oder Syndicus insinuirt, und diesen liegt ob, der ganzen Gemeinde oder den übrigen Interessenten davon Nachricht zu geben,"

so versteht es sich, wenn man diese Vorschrift auch auf alle mit einem Vorstande versehene moralische Personen bezieht, immer von selbst, daß hierbei eine Klage vorausgesetzt wird, die eine Angelegenheit einer solchen moralischen Person betrifft, welche in der Eigenschaft, in welcher sie belangt wird, von einem Vorstand gesetzlich vertreten wird. Diese Vorschrift kann daher auf keine Weise für die Frage entscheidend sein: ob der Vorstand, welcher als Vertreter vom Kläger bezeichnet worden ist, auch zu dieser Vertretung befugt und verpflichtet sei. Im vorliegenden Fall ist nun aber nach den entscheidenden gesetzlichen Vorschriften keinesweges anzunehmen, daß der Kirchenvorstand die Eingepfarrten, welche als Kirchengemeinde, wegen der aus der Eingepfarrten Vermögen zu leistenden Beiträge zu den Kirchenbaukosten, in Anspruch genommen sind, zu vertreten befugt oder verpflichtet sei. Den Kirchenvorstehern kommt nach §. 157. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. die Verwaltung der äußern Rechte der Kirche zu; es gebührt ihnen nach §. 619. a. a. O. in der Regel die Verwaltung des Kirchenvermögens und nach §. 650. a. a. O. liegt, wenn die Kirche wegen ihrer Glüter und ihres Vermögens in Prozesse verwickelt wird, der Betrieb derselben den Vorstehern ob. Nun läßt sich aber auf keine Weise behaupten, daß in solchen Fällen, wo, wie hier, die Eingepfarrten als Kirchengemeinde in Anspruch genommen werden, damit sie aus ihrem eigenen Vermögen Beiträge zu den Kirchenbaukosten leisten, auf Seite der Verklagten ein Gegenstand der äußeren Rechte

Digitized by Google

der Kirche, oder der Verwaltung des Kirchenvermögens oder ein Prozeß der Kirche wegen ihrer Güter und ihres Vermögens vorliege. Der Kirchenvorstand ist also, als solcher, nach jenen Gesetzen weder befugt, noch verpflichtet, die Eingepfarrten oder Kirchengemeinde in einem Prozesse der vorliegenden Art zu vertreten. Auch fehlt es überall an anderen gesetzlichen Bestimmungen, wodurch den Kirchenvorstehern die Vertretung der Eingepfarrten in einem solchen Prozesse übertragen wäre. Wenn daher auch ein Prozeß dieser Art überhaupt als eine Angelegenheit nicht bloß der einzelnen Eingepfarrten, sondern der Kirchengesellschaft oder Kirchengemeinde angesehen und behandelt werden darf, so gehört diese Angelegenheit doch keineswegs zu den von den Vorstehern oder Kirchencollegien zu besorgenden, sondern sie gehört jedenfalls zu den im §. 159. a. a. O. gedachten außerordentlichen Fällen und Angelegenheiten, worin von der Gemeinde Bevollmächtigte oder Repräsentanten gewählt und mit der erforderlichen Instruction versehen werden müssen. Auch in der Prozeß-Ordnung Tit. 3., wo von der persönlichen Wahrnehmung der Instruction Seitens der Parteien die Rede ist, heißt es, nachdem im §. 10. gesagt ist, daß für Kirchen ꝛc. . . . die Vorsteher und Verwalter derselben die Instructionen wahrnehmen müssen, im §. 11., daß von Stadt- und Dorfgemeinden und anderen Collegiis und Corporationen, welche aus mehr als drei Mitgliedern bestehen, nur zwei oder höchstens drei Deputirte zur Abwartung der Instructionen bestellt werden sollen. Dieser Bestimmung liegt ebenfalls eine Unterscheidung zwischen der Vertretung der Kirche in ihren Angelegenheiten durch ihre Vorsteher und der Vertretung der Gemeinde durch ihre Bevollmächtigte zum Grunde.

Hiernach hat der als Vertreter der Kirchengemeinde

Digitized by Google

zu V. belangte Kirchenvorstand daselbst mit Recht seine Legitimation zu dieser Vertretung und Prozeßführung abgelehnt. Es erscheint daher die Abweisung der Klage mit den nur in die Appellations-Instanz und sodann in die dritte Instanz gediehenen beiden ersten, die Erstattung der Baukosten betreffenden, Klageanträgen in sofern begründet, als diese Klage ausdrücklich gegen den Kirchenvorstand als Vertreter der Kirchengemeinde zu V. gerichtet und diese Vertretungsverbindlichkeit auch fortwährend vom Kläger behauptet worden ist, nachdem der Kirchenvorstand dieselbe bestritten und die Einlassung auf die Klage abgelehnt hatte. Diese Ansicht ist auch vom Ober-Tribunal bereits früher in zwei Erkenntnissen vom 17. November 1852, sowie vom 19. Juli 1854 gebilligt worden

№ 42.

Kirchenbaulast.

Das Allgemeine Landrecht hat den Forensen die Verpflichtung, zu Kirchen- und Pfarrbauten beizutragen, nicht auferlegt.

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 260 ff. 710 ff.

Der vorstehende Rechtssatz ist als solcher unter No. 148. des Präjudizienbuchs bereits am 23. Januar 1837 eingetragen, die Gründe desselben sind aber bisher in dieser Sammlung nicht veröffentlicht worden. Zu seiner wiederholten Prüfung hat die Revisionssache der katholischen Wirthe zu W. wider den Gutsbesitzer H. daselbst Veranlassung gegeben, in welcher die ersteren einen entsprechenden Beitrag

Digitized by Google

zu den Kosten einer im Jahre 1848 schon nothwendig gewordenen, aber erst im Jahre 1850 ausgeführten Reparatur der katholischen Kirche zu W. von dem H. verlangten, dieser aber (obwohl Katholik) den Beitrag verweigerte, weil er zwar im Jahre 1849 das Gut in W. erkauft, aber bis Johannis 1851 an einem andern Orte gewohnt zu haben, also auch zur Zeit der Ausführung der Kirchenreparatur noch nicht Eingepfarrter dieser Kirche gewesen zu sein behauptete.

Das Kreisgericht zu Namslau trat in seinem, am 19. April 1853 abgefaßten Urtel der Meinung der Kläger bei, wonach schon der bloße Besitz des Gutes, zur Zeit der Ausführung des Baues, im Jahre 1850, den Verklagten, (möge er es selbst oder durch einen Anderen haben bewirthschaften lassen) als einen Eingepfarrten der Kirche zu W. erscheinen lasse, indem die hier in Rede stehende Verbindlichkeit dinglicher Natur sei. Auf die Appellation des Verklagten sprach jedoch der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Breslau am 24. Februar 1844 die Abweisung der Kläger aus, und diese Entscheidung ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 20. September 1854 bestätigt worden.

Mit Beseitigung aller, sonst noch zur Sprache gekommenen Gegenstände, lauten die, den aufgestellten Rechtssatz betreffenden

Gründe

wie folgt.

Es leidet kein Bedenken, daß es nicht darauf ankommt, daß die Nothwendigkeit der Kirchenreparatur schon im Jahre 1848 — vor der Besitzzeit des Verklagten — sich hervorgethan hat, sondern lediglich auf den Zeitpunkt der Ausführung des Baues, durch welche erst die Beitragspflicht des Eingepfarrten entstanden. Diese Ausführung ist erst im

Digitized by Google

Jahre 1850 geschehen; wäre daher Verklagter damals schon als Eingepfarrter in W. zu betrachten, so wäre seine Beitragspflicht nicht in Abrede zu stellen, und er könnte sich keineswegs durch die Behauptung davon befreien, daß er bei Acquisition seines fundi vom Fiskus die Contributionslast nicht ausdrücklich übernommen habe; ein solcher Umstand würde den Klägern gegenüber ganz gleichgültig sein, da Verklagter einmal ihr Miteingepfarrter geworden wäre. Nun ist aber von den Klägern überall kein Beweis darüber geführt, daß Verklagter vor Johannis 1851 in W. ein förmliches Domicilium etablirt habe und dadurch ein Eingepfarrter bei dortiger Kirchengemeinde geworden sei. Der Ankauf eines Grundstücks daselbst, die Bewirthschaftung desselben durch Verklagten, oder durch Andere, das Anschaffen der zu einer eingerichteten Wirthschaft erforderlichen Gegenstände, läßt nach §. 10. Tit. 2. Thl. I. der Proceß-Ordnung wohl auf die Absicht des Verklagten, dort seinen Wohnsitz aufzuschlagen, schließen; aber zu der Aufschlagung selbst gehört das Wohnen, für beständig, an einem gewissen Orte (§. 9.) und daß dies früher als Johanni 1851 bei Verklagten, in Bezug auf W., eingetreten, war eine von Klägern zu erweisende, aber nicht erwiesene Thatsache. Nun meinen zwar Kläger, — und der erste Richter ist ihnen hierunter beigetreten — daß Verklagter schon um deshalb, weil er in W. angesessen und katholischer Religion sei, auch zu der dortigen katholischen Kirche eingepfarrt zu betrachten sei. Allein der entgegengesetzten Ansicht des Appellations-Richters muß beigetreten werden. Bis Johannis 1851 war Verklagter, in Bezug auf W., Forensis.

In den §§. 260 ff. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. werden die gesetzlichen Grundsätze aufgestellt, nach welchen beurtheilt werden soll, ob Jemand ein Eingepfarrter sei, und zu den

Digitized by Google

Parochiallasten beitragen müsse, und als oberster Grundsatz ist aufgestellt, daß der für einen Eingepfarrten gehalten werden solle, der seinen ordentlichen Wohnsitz innerhalb eines Kirchspiels aufgeschlagen hat. Es wird dann weiter bestimmt, welche rechtliche Folgen ein doppelter Wohnsitz hervorbringt, und im §. 264. a. a. O. wird der, welcher einen solchen hat, bei der Parochialkirche eines jeden derselben als Eingepfarrter betrachtet.

Der §. 265. fügt dann bei:

> In Ansehung seiner Grundstücke trägt er die Lasten der Parochialverbindung nur bei derjenigen Parochialkirche, in deren Pfarrbezirk die Grundstücke liegen;

im §. 266. aber wird bestimmt:

> Bei Trauungen, Taufen und anderen kirchlichen Handlungen, die zu gleicher Zeit nur an Einem Orte vorgenommen werden können, hat er die Wahl, welcher von beiden Kirchenanstalten er sich bedienen wolle.

Es ist also §. 265. weiter nichts verordnet, als — im Gegensatz zu der nachfolgenden Vorschrift, dergemäß die Wahl des Eingepfarrten den Umfang seiner Parochialverbindlichkeiten (doppelten Wohnsitz vorausgesetzt) insofern bestimmt, als die Lasten, die einen Eingepfarrten treffen, durch seine Theilnahme an gottesdienstlichen Handlungen bedingt werden —, daß: im Fall die Parochiallasten auf Grundstücken haften, oder doch auf diese vertheilt worden, bei einem Eingepfarrten, der einen doppelten Wohnsitz hat, nach dem Grundbesitz desselben in jeder Parochie bemessen wird, wie viel er geben muß, und nichts darauf ankommen soll, ob er zugleich von den kirchlichen Anstalten Gebrauch macht. Ob ein solcher Eingepfarrte zu den Kirchenbauten beitragen müsse, wenn die Beitragspflicht nicht dinglich ist, wird durch diese Gesetze nicht bestimmt, allein es

Digitized by Google

folgt aus denselben, daß er bei dieser Art der Parochiallasten alsdann dazu verbunden ist, wenn sie auf Grundstücke vertheilt worden, und §. 721. a. a. O. hat die allgemeine Regel aufgestellt, daß ein Eingepfarrter, der eine doppelte Parochie habe, zu den Kirchenbauten in beiden Parochien contribuiren müsse.

Von Forensen, also von solchen, die ihren Wohnsitz nicht in der Parochie haben, mithin, wenn sie gleich Grundstücke in derselben besitzen, keine Eingepfarrte sind, ist hier gar nichts geordnet, also überhaupt nicht bestimmt, ob sie etwas zu den Parochiallasten beitragen müssen. Es ist allerdings aus §. 261. a. a. O. klar, daß es auch Parochiallasten giebt, zu welchen zu contribuiren der bloße Besitz von Grundstücken, mithin die Eigenschaft eines Forensen verpflichtet; gerade bei den Kirchenbauten aber, also bei der Last, auf welche es im vorliegenden Falle ankommt, wird in den allgemeinen Vorschriften, welche eintreten sollen, wo keine besonderen Normen bestehen, im §. 711. ff. a. a. O. des A. L. R. lediglich den Eingepfarrten die Verpflichtung, principaliter und respective subsidiarisch zu jenen beizutragen, auferlegt, und eine Verpflichtung der Forensen, da diese ihrem Begriffe nach keine Eingepfarrten sind, mithin ausgeschlossen. Es ist dies auch ganz consequent, weil das Verhältniß eines Eingepfarrten ein persönliches ist, eben daher auch bei Stadtkirchen nach §. 741. a. a. O. die Vertheilung unter den Eingepfarrten, wie bei anderen persönlichen Lasten eintritt, und daraus, daß der Maaßstab der Vertheilung bei Landkirchen auf den wichtigsten Theil des Vermögens der Eingepfarrten, den Grundbesitz, nach §. 734. a. a. O. sich beziehen soll, nicht folgt, daß Personen, bei welchen der persönliche Grund der Verpflichtung wegfällt, um deswillen belastet werden dürften, weil

Digitized by Google

der Maaßstab auch auf sie Anwendung leiden könnte. Wollte man aber im §. 738. ein allgemeines Anerkenntniß finden, daß die, welche Grundstücke im Kirchspiel besitzen, zu Leistungen verpflichtet sind, so stände dies mit §. 734. im Widerspruch. Es ist daher auch hier nicht von Forensen, sondern wie in §§. 711. 722. 739. immer nur von Eingepfarrten die Rede. Der §. 278 endlich bezieht sich lediglich auf Militair-Personen, und enthält rein specielle, die Regel bestärkende Ausnahmen. Mit dieser Ausführung steht im Wesentlichen die des Appellations-Richters im Einklange, und deshalb war das Appellations-Urtel lediglich zu bestätigen.

№ 43.

Schlesien. Zehntverfassung.

Die evangelische Brüder-Unität ist von ihrem Grundbesitz den Zehnten an katholische Pfarrer zu entrichten nicht verpflichtet.

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 261.

Cabinets-Ordre König Friedrichs II. vom 3. März 1758 (Suarez Samml. Schlesischer Gesetze Bd. II. 2. S. 819.).

Edict vom 9. Juli 1788, die Religions-Verfassung in den Preußischen Staaten betreffend (Rabe's Samml. Preuß. Gesetze Bd. I. Abthl. 7. S. 726 ff.).

Cabinets-Ordres vom 6. Februar 1812 (Ges.-Samml. vom Jahre 1813 S. 42.) und vom 16. Juni 1831 (Gesetz-Samml. S. 169.).

Vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 23. S. 375.

Die evangelische Brüder-Unität zu Berthelsdorf ist Besitzerin des Gutes Pawlowitzke, auf dessen Territorio der

Digitized by Google

Brüdergemeinde-Ort Gnadenfeld angelegt ist. Zu diesem Gute ward mittelst Vertrages vom 24. Februar 1822 ein Ackerstück von circa 240 Morgen, die D. genannt, acquirirt, welches von dem Gute Rzetzitz im Hypothekenbuche abgeschrieben und dem Gute Pawlovitzke zugeschrieben worden ist. Die Vorsteher der katholischen Kirche zu Rzetzitz behaupten, daß das gedachte Ackerstück, die D. genannt, der Kirche zu R. zehntpflichtig sei, und daß ferner das Dominium P. von seinen Dominial-Aeckern einen gewissen jährlichen Körner-Zins zu entrichten habe. Die im December 1852 von dem Kirchenvorstande zu R. angestellte Klage enthält in 2 Passus die Anträge:

1. die verklagte Brüder-Unität, als Gutsherrschaft zu P., zu verurtheilen, die Decempflicht des Ackers D. anzuerkennen, und für die Zukunft den zehnten Theil der darauf zu gewinnenden Früchte an den jedesmaligen Pfarrer zu R. zu entrichten, sowie den, dem Betrage nach in separato zu ermittelnden Decem für die Jahre 1848 bis einschließlich 1852 in natura, oder im Geldwerthe, nach der Wahl des Pfarrers abzuführen,
2. die Verklagte zu verurtheilen, für die Zukunft jährlich 6 Scheffel Breslauer Maaß, oder 8 Scheffel 2 Metzen 3 Nößel Preuß. Maaß, Korn und eben so viel Hafer abzuführen, und die gleichen Rückstände von 8 Scheffeln 2 Metzen 3 Nößel von Korn und Hafer jährlich, für die Jahre 1848 bis 1852 incl. in natura, oder in dem in separato zu ermittelnden Geldwerthe, nach Wahl des mitklagenden Pfarrers zu R. zu erstatten.

Die Kläger haben sich zur Begründung ihrer Klage und zum Nachweis der bestehenden Decem- und resp. Ab-

Digitized by Google

gabenpflicht auf mannigfache Urkunden, auch auf Verjährung und Aussagen von Zeugen, die in einem besonderen Verfahren zum ewigen Gedächtnisse vernommen sind, berufen. Die verklagte Unität hat das Bestehen der behaupteten Zehnt- und Abgabenpflicht in Abrede gestellt, prinzipaliter jedoch behauptet, daß sie, als der evangelischen Religions-Partei und namentlich der Augsburgischen Confession zugethan, von den geforderten Abgaben an die katholische Geistlichkeit gänzlich befreit sei. Sie hat die, auch ihre Qualität anerkennende Königliche Concession, resp. Ministerial-Erlasse producirt, die aber von den Klägern nicht für genügend erachtet worden sind, die behauptete Abgabenfreiheit darzuthun.

Das Kreisgericht zu Cosel hat indessen am 15. Juni 1853 auf Abweisung der Kläger mit beiden Anträgen erkannt und auf die Appellation der Kläger der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor am 12. Januar 1854 das erste Urtel bestätigt.

Das Appellations-Urtel erachtet den prinzipalen Einwand der Verklagten für begründet. Es gedenkt zuvörderst der für Schlesien ergangenen Cabinets-Ordre Königs Friedrichs II. vom 3. März 1758, welche verordnete:

„daß diejenigen Abgaben an Zehnten, Garben, Broten und dergleichen, so die evangelischen Eingepfarrten dem katholischen Pfarrer zeither entrichten müssen, zum Besten und Nutzen der Unterthanen cessiren und wegfallen sollen,"

und daß diese durch einen Königlichen Befehl vom 6. Februar 1812 vorübergehend geänderte Anordnung, durch die spätere Verordnung vom 16. Juni 1831 wieder in volle Kraft gesetzt und die schlesische Zehntverfassung ganz so, wie sie nach der Ordre vom 3. März 1758 bis zum 6. Februar 1812 bestanden hatte, wiederhergestellt worden ist. Es geht

Digitized by Google

dann zur Erörterung der Anwendbarkeit dieser, für die Angehörigen der evangelischen Kirche geltenden Bestimmung, auf die Mitglieder der evangelischen Brüder-Unität über. Zu dem Ende wird auf das sogenannte Religions-Edict vom 9. Juli 1788 zurückgegangen, in dessen §. 1. es heißt:

> Wir befehlen demnach, daß alle drei Hauptconfessionen der christlichen Religion, nämlich die Reformirte, Lutherische und Römisch-Katholische, in ihrer bisherigen Verfassung, nach den von Unseren gottseligen Vorfahren vielfältig erlassenen Edicten und Verordnungen in Unseren sämmtlichen Landen verbleiben, aufrecht erhalten und geschützt werden sollen;

hiernächst im §. 2. auch den übrigen Secten und Religions-Parteien die bisherige Duldung zugesichert und speziell erklärt worden ist:

> Die in unsern Staaten bisher öffentlich geduldeten Secten sind außer der jüdischen Nation, die Herrnhuter, Mennonisten und die Böhmische Brüdergemeinde, welche unter landesherrlichem Schutze ihre gottesdienstlichen Zusammenkünfte halten und diese dem Staate unschädliche Freiheit ferner ungestört behalten sollen.

Den hieraus entstehenden Zweifel, ob die Herrnhuter und die Brüdergemeinde der evangelischen Kirche angehöre? was Klägerin geradehin bestreitet, erachtet der Appellations-Richter sodann für unbegründet, da nach der geschichtlichen Entwickelung jener Genossenschaften angenommen werden müsse, daß sie den Bekennern der Augsburgischen Confession beizuzählen und sie nur in der weiteren Entwickelung und systematischen Ausführung der in den symbolischen Büchern enthaltenen Lehrsätze zu Abweichungen gelangt seien. Doch erscheine die Frage: ob dieselben nur als geduldete Religionsgesellschaften anzusehen? nicht einmal entscheidend, vielmehr

Digitized by Google

komme es darauf an, welche Rechte ihnen von der Staatsregierung eingeräumt worden? Und in dieser Hinsicht seien, von den mehreren beigebrachten Königlichen Concessionen wenigstens zwei ganz durchgreifend. Die am 20. April 1780 für die Niederlassung der Brüdergemeinde in Schlesien ertheilte Concession, sichere ihr die Rechte der evangelischen Glaubensgenossen, mit den Worten:

> und sollen sie sich gleich andern Unseren treugehorsamsten Unterthanen und Glaubensgenossen, aller bürgerliche Rechte und Freiheiten ohne Ausnahme, wie aller Privilegien, welche der evangelischen Brüdergemeinde unter dem 25. December 1742, 7. Mai 1746 u. 18. Juli 1763 von Uns concedirt worden, zu erfreuen haben;

und die Königliche Confirmation der bisherigen Privilegien der Brüdergemeinde vom 10. April 1789 bestätige und erneuere alle Freiheiten und Befugnisse, welche „besagte zur Augsburgischen Confession sich bekennende evangelische Brüdergemeinde erhalten hat," und sichere ihnen die bezüglichen Rechte „als wahre Augsburgische Confessionsverwandte." Diese Confirmation sei nach dem Ediete vom 9. Juli 1788 ergangen, und die Rechte der Verklagten könnten daher nicht nach Inhalt des letzteren bemessen werden. Seien ihnen aber gleiche Rechte, wie den evangelischen Glaubensgenossen beigelegt, so stehe ihnen auch die, durch die Cabinets-Ordre vom 3. März 1758 den evangelischen Eingepfarrten verliehene Freiheit von Entrichtung des Zehnten an den katholischen Pfarrer zu.

Die Klägerin griff das Urtel als nichtig an, indem sie die unrichtige Anwendung und beziehungsweise Verletzung der darin angezogenen gesetzlichen Vorschriften behauptete. Zu dem Ende suchte sie zu zeigen, daß die aus den Vereinen der böhmischen und mährischen Brüder ent-

Digitized by Google

standenen Herrnhuter Gemeinden nicht zu den Augsburgischen Confessions-Verwandten gehörten, von denen sie sich im kirchlichen Ritus wie in der Verfassung vielfach und zum Theil wesentlich unterschieden, wie sie auch der Augustana nur negativen Werth beilegten. Es seien ihnen aber auch in Preußen die Rechte ausdrücklich recipirter Kirchengesellschaften niemals beigelegt worden; ihre Güter hätten nicht die Rechte der Kirchengüter, und sowie nach der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 26. April 1852 eine der anglikanischen Kirche angehörende schlesische Gutsbesitzerin von der Zehntbefreiung aus der Cabinets-Ordre vom 3. März 1758 habe ausgeschlossen werden müssen, so könne diese der nur geduldeten Seete der Herrnhuter, die ihre höchste kirchliche Behörde außerhalb Preußens in der Unität zu Bertheldorf, im Königreich Sachsen, anerkenne, nicht zustehen. Endlich sei noch in der Concession zur Erbauung einer eigenen Kirche in P. für die Brüdergemeinde, vom 11. Februar 1780, zwar auf die älteren Privilegien hingewiesen, aber mit dem Zusatze:

„jedoch dem Parocho loci und Anderen an ihren wohl hergebrachten Rechten unnachtheilig" u. s. w.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 6. September 1854 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen, und es lauten die, den prinzipalen Entscheidungsgrund betreffenden, hier allein in Betracht kommenden

Gründe

wie folgt. Die Ausführung des Imploranten in ihrer Nichtigkeits-Beschwerde reducirt sich auf die Frage:

ob die Behauptung, „daß der Appellations-Richter die Cabinets-Ordre vom 3. März 1758, das Religions-Edict vom 9. Juli 1788, die §§. 54—58. Einleitung zum

Digitized by Google

Allg. Landrecht und §§. 17. 20. Thl. II. Tit. 11. des A. L. R. verletzt habe," gegründet ist?

Die Frage ist zu verneinen. Die oben allegirte Cabinets-Ordre befreit in Schlesien die evangelischen Eingepfarrten von dem an katholische Pfarrer zu entrichtendem Decem und andern dergleichen Abgaben. Es ist nun ganz unzweifelhaft, daß unter den in der Cabinets-Ordre bezeichneten „Evangelischen" auch die Mitglieder der Brüdergemeinde, die sogenannten Herrnhuter, inbegriffen sind. Schon vor Emanation der Cabinets-Ordre vom 3. März 1758 war durch die Königliche Ordre vom 25. December 1742 und 7. Mai 1746 den mährischen Brüdern concedirt worden, sich in mehreren Orten in Schlesien zu etabliren, das exercitium religionis nach ihren besonderen Satzungen zu üben, Bethäuser zu errichten ꝛc. Diese mährischen Brüder, aus denen später die evangelischen Brüdergemeinden hervorgegangen sind, waren daher schon zur Zeit der Emanation der Cabinets-Ordre von 1758 eine in den preußischen Staaten concessionirte Religionsgesellschaft. Es ist in den Königlichen Erlassen vom 18. Juli 1768 und 10. April 1789 ausdrücklich anerkannt, daß die evangelischen Brüdergemeinden als wahre Augsburgische Confessionsverwandte zu betrachten seien, und dies waren sie auch schon im Jahre 1758, da sich ihr Glaubensbekenntniß seit dem in nichts verändert hatte. Als Augsburgische Confessionsverwandte waren sie, in Folge einer commissarischen Untersuchung ihres Lehrbegriffs, schon im Jahre 1748 und 1750 in den sächsischen Ländern, namentlich in der Ober-Lausitz, wo die Direction der Brüder-Unität in Berthelsdorf ihren Sitz hat, ausdrücklich anerkannt.

vergl. Römers Statistik des Churfürstenthums Sachsen II. S. 507. 508.

Digitized by Google

Verbecks Lehre des Grafen Hinzendorf S. 282.

Die Verhältnisse der anglikanischen Kirche, von denen in dem Ober-Tribunals-Urtel vom 26. April 1852 (Entsch. Bd. 23. S. 377.) die Rede war, sind von denen der evangelischen Brüdergemeinde ganz verschieden, wesentlich darin, daß jene Kirche nicht zu den in Deutschland anerkannten und in Preußen recipirten Religionsgesellschaften gehört, was gerade bei der Brüdergemeinde, als zur Augeburgischen Confession sich bekennend, eintritt. Allerdings wurden die sogenannten Herrnhuter in dem Religions-Edict vom 9. Juli 1788 nur zu den geduldeten Secten gerechnet. Allein dies ist völlig gleichgültig, nachdem sie durch den späteren Königlichen Erlaß vom 10. April 1789 den wahren Augsburgischen Confessionsverwandten beigezählt worden sind, welcher Erlaß, wie aus dem Ministerial-Rescripte vom 16. December 1849 hervorgeht, gerade deshalb erging, um die nachtheiligen Folgerungen, welche aus der Bezeichnung im Religions-Edict vom 25. Juli 1788 „als geduldete Secte" gezogen werden könnten, abzuwenden. Hiernach ist denn eine Verletzung der Cabinets-Ordre von 1758 und des Edicts vom 25. Juli 1788 dem Appellations-Richter ganz ohne rechtlichen Grund vorgeworfen. Zu den bei der klagenden Kirche Eingepfarrten gehört freilich die verklagte Unität nicht; aber die nichteingepfarrten Evangelischen können offenbar noch weniger zu einer katholischen Kirche abgabenpflichtig sein, als die mit ihr im Parochialverbande stehenden. Daß die in der Concession vom 11. Februar 1780 beigefügten Worte: „jedoch dem Parocho loci in den hergebrachten Rechten unbeschadet," hier nicht von Einfluß sein können, hat der Appellations-Richter ganz mit Recht bemerkt, da mit diesen hergebrachten Rechten die durch die Cabinets-Ordre von 1758 aufgehobene Decem- und Abgabenberech-

Digitized by Google

tigung der katholischen Pfarrer gegen Evangelische unmöglich gemeint sein können; wenigstens ist aus dieser Bezugnahme der Imploranten auf die erwähnte Concession ein gesetzlicher Richtigkeitsgrund nicht zu entnehmen, da sie sich immer nur auf Interpretation derselben beschränkt.

Dasselbe gilt auch von der Behauptung der Imploranten, daß die Cabinets-Ordre von 1758 deshalb verletzt sei, weil sie sich nicht auf juristische Personen, zu denen die verklagte Unität gehört, beziehen könne. Denn ein Unterschied zwischen Singulis und moralischen Personen ist in der Cabinets-Ordre nicht gemacht, und es ist der Ansicht des Appellations-Richters dahin, daß eine aus evangelischen Mitgliedern bestehende Religionsgesellschaft eben so gut eine evangelische Person vorstelle, als eine Einzelne, nur beizutreten. Ein Verstoß des Appellations-Richters gegen die §§. 54—58. der Einleitung zum Allg. Landr. ist nicht erfindlich, da er die der Brüdergemeinde ertheilte Concession ganz ihrem Wort- und Sinn-Inhalte gemäß interpretirt und ungebührliche Extensionen sich nicht erlaubt hat. Daß endlich die §§. 17. und 20. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. auf die verklagte Unität keine Anwendung finden, ergiebt sich aus dem festgestellten Sachverhältniß von selbst.

№ 44.

Beweis der Verjährung in Strafsachen.

Abgesehen von dem Thatbestande der strafbaren Handlung setzt die Strafanwendung auch die Feststellung voraus, daß die That zu einer Zeit verübt sei,

Digitized by Google

welche die Verjährung ausschließt. Präjudicien des Senats für Strafsachen No. 97.

Str. G. B. §. 45. ff.

Gegen den Kossäthen B. war die Anklage erhoben, daß er in der Zeit von 1847 bis Ostern 1853 dem Bürgermeister D. zu A. aus dessen Gruben mehrere Hölzer gestohlen habe, und diese Anklage von dem Richter erster Instanz für begründet erachtet worden. Der Angeklagte appellirte und machte insbesondere geltend, daß Verjährung eingetreten sei. Das Appellations-Gericht zu Halberstadt hat jedoch unter dem 4. April 1854 das erste, den Angeklagten zu Strafe verurtheilende Erkenntniß bestätigt und den Einwand der Verjährung deshalb für unbegründet erachtet, weil der Zeitpunkt der Verjährung (Verübung) des Diebstahls, dessen der Angeklagte schuldig erklärt sei, nicht erhelle, und der Angeklagte selbst einen Zeitpunkt, von wo ab die Verjährung zu laufen begonnen haben solle, nicht bezeichnet habe.

Gegen diese Entscheidung legte der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ein und mit Erfolg. Durch das unter dem 17. Juni 1854 bei der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen Königlichen Ober-Tribunals ergangene Erkenntniß ist nämlich

in Erwägung, daß die Instanzrichter in Betreff der Zeit der Verübung des dem Imploranten zur Last gelegten Diebstahls nur festgestellt haben, daß er denselben in der Zeit von 1847 bis Ostern 1853 begangen habe,

daß die erste Rechtshandlung zur Verfolgung dieses Diebstahls im August 1853 stattgefunden und daß daher, da nach jener Feststellung der Diebstahl schon im Jahre 1847, also fünf Jahre vor der ersten Rechtshandlung verübt sein kann, nicht ausgeschlossen ist, daß das

Digitized by Google

angefochtene Urtel den Angeklagten wegen eines nach §. 600. der Criminal-Ordnung von 1805 und §. 46. des St. G. B. verjährten Diebstahls bestraft hat;

daß jedes Strafurtel eine thatsächliche Feststellung voraussetzt, welche die Anwendung des Strafgesetzes vollständig begründet, mithin die Geltendmachung der Verjährung von Seiten des Angeklagten nicht gleich einer Einrede im Civilproceß, sondern als eine nothwendige Veranlassung für den Strafrichter aufzufassen ist, die Frage der Verjährung zu untersuchen und die Entscheidung in dieser Hinsicht nicht von einer Beweislast des Angeklagten abhängig zu machen, sondern bei der endlichen Aburtelung der Sache davon auszugehen, daß ein Strafurtel nothwendig unterstellt, daß die strafbaren Handlungen nicht verjährt seien;

daß hiernach das angefochtene Urtel die Grundsätze der Verjährungslehre im Strafproceß verkannt und den §. 46. des St. G. B. durch unrichtige Auslegung verletzt hat;

dahin erkannt,

daß das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Halberstadt vom 4. April 1854 zu vernichten und die Verhandlung der Sache vor diesen Gerichtshof zurückzuverweisen.

№ 45.

Meuterei.

a) Daß Gefangene in einer Gefangenanstalt bereits in Einer Zelle sich zusammen befinden, schließt

Digitized by Google

den im §. 96. des Str. G. B. gedachten Begriff des Zusammenrottens nicht aus.

b) Die Schlußbestimmung des §. 96. des Str. G. B. schließt die Anwendung des §. 56. in seiner jetzigen Fassung vom 9. März 1853 aus.

Präjudizien des Senats für Straffachen No. 107.

Str. G. B. §. 96.

Die Angeklagten K. und Kö. sind mittelst Erkenntnisses des Schwurgerichts zu Paderborn vom 26. April 1854 wegen schweren Diebstahls zu Strafe verurtheilt, aber von der Anschuldigung der Meuterei, obgleich sie sich vor dem Schwurgericht „der Meuterei" schuldig bekannt und, der Anklage entsprechend, angegeben hatten:

daß sie mit B. und St. in demselben Gefängnisse sich befunden, gemeinschaftlich überlegt hätten, durchzubrechen, und auch gemeinschaftlich an der Durchbrechung der Gefängnißmauer gearbeitet hätten, daß sie sich hierzu der eisernen Klammern, mit welchen die Bänke im Gefängnisse an der Wand befestigt gewesen, und welche sie losgerissen, bedient hätten, daß aber der Gefangenwärter hinzugekommen und sie durch Wegnahme der Brechwerkzeuge an der Ausführung ihres Unternehmens gehindert habe,

entbunden worden, weil der Gerichtshof erwog, daß eine Meuterei aus dem Grunde nicht angenommen werden könne, weil die Angeklagten bereits in Einem Gefängniß-Local vereinigt gewesen, also von einem Zusammenrotten nicht mehr habe die Rede sein können.

Die vom Ober-Staatsanwalt wegen Verletzung des §. 96. des St. G. B. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Ober-Tribunal, Senat für Straffachen Abthl. II. am 21. September 1854 für begründet erachtet und

Digitized by Google

in Erwägung, daß das Strafgesetzbuch, welches die gewaltsame Selbstbefreiung eines Gefangenen aus einer Gefangenanstalt nicht mit Strafe bedroht, im §. 96. verordnet:

> Wenn Gefangene in einer Gefangenanstalt sich zu sammenrotten und entweder einen gewaltsamen Ausbruch ausführen oder auszuführen versuchen, oder gegen die Aufseher sich widersetzen oder dieselben zu Handlungen oder Unterlassungen zwingen oder zu zwingen versuchen, so haben die Theilnehmer an der Meuterei u. s. w.

in Erwägung, daß das Wort „Zusammenrotten" ein Zusammentreten zu gemeinschaftlichem Handeln bezeichnet, aber nach dem gemeinen Sprachgebrauche nicht nothwendig in sich schließt, daß die Zusammentretenden vorher räumlich von einander getrennt waren, vielmehr auch auf diejenigen Anwendung findet, welche schon aus einem andern Grunde bei einander waren, nun aber sich zu einem bestimmten gemeinschaftlichen, durch vereinte Gegenwart der Personen auszuführenden, Handeln verbinden, eine Rotte machen, daß es also auch von den in Einer Zelle zusammen verhafteten Gefangenen, welche einen gemeinschaftlichen Ausbruch verabreden, richtig gebraucht wird;

in Erwägung, daß ein durch eine solche Vereinigung der, wenn auch in einer Zelle schon zusammen befindlichen Gefangenen, hervorgebrachtes Zusammenwirken zur gewaltsamen Befreiung, nicht allein durch die größere Gefährlichkeit, sondern hauptsächlich dadurch einen anderen Charakter in Ansehung der Strafbarkeit, als die gewaltsame Selbstbefreiung eines einzelnen Gefangenen gewinnt, daß durch solches Zusammenwirken jeder Einzelne nicht bloß eine Selbstbefreiung, sondern zugleich die gewaltsame Befreiung eines anderen Gefangenen unternimmt, was ja

Digitized by Google

auch an Nichtgefangenen nach §. 94. bestraft wird; daß also auch die Strafbarkeit der gewaltsamen Selbstbefreiung keinen Grund dafür abgeben kann, den Begriff des Zusammenrottens in engere Grenzen zu ziehen, als nach dem Vorstehenden der gemeine Sprachgebrauch ergiebt;

in Erwägung, daß hiernach das Schwurgerichts-Erkenntniß vom 26. April 1854, indem es eine Meuterei aus dem Grunde nicht angenommen hat, weil die Angeklagten bereits in Einem Gefängnißlocal vereinigt waren, also von einem Zusammenrotten nicht mehr die Rede sein könne, den angeführten §. 96. verletzt hat;

in Erwägung, daß das Schuldbekenntniß der beiden Angeklagten K. und Kö. alle Voraussetzungen des §. 96. und insofern es sich nur um einen versuchten gewaltsamen Ausbruch handelt, die im §. 31. bezeichneten Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs eines solchen Ausbruchs, also die Merkmale einer verübten Meuterei, bei welcher die Theilnehmer, und insbesondere auch die beiden genannten Angeklagten Gewaltthätigkeiten verübt haben, enthält;

in Erwägung, daß die Schlußvorschrift des §. 96:

> Die Strafe der Meuterei soll unabhängig von der Strafe des Verbrechens oder Vergehens, wegen dessen die Meuterer verhaftet sind, ausgesprochen und unmittelbar nach dieser Strafe vollstreckt werden,

der ähnlichen Vorschrift des rheinischen Strafgesetz-Buches Art. 245, die eine spezielle Ausnahme von dem im Art. 365. der rheinischen Criminal-Proceß-Ordnung aufgestellten Grundsatze:

> daß bei der Concurrenz mehrerer Verbrechen oder Vergehen nur die schwerste Strafe erkannt werden solle,

anordnet, entnommen worden ist, und in dem Entwurfe

Digitized by Google

zum Strafgesetz-Buche von 1850 ebenso eine spezielle Ausnahme von demselben damals im §. 48 aufgestellten allgemeinen Grundsatze enthielt; daß, nachdem statt dieses damaligen Grundsatzes in das Strafgesetz-Buch der entgegengesetzte Grundsatz des §. 56. von der Zusammenrechnung aller verwirkten Strafen aufgenommen, demnächst aber wieder durch das Gesetz von 9. März 1853 modificirt worden ist, doch die in Rede stehende specielle Vorschrift des §. 96. stehen geblieben ist, also ihre volle Geltung behalten hat, so daß ohne Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des §. 56. in seiner jetzigen Fassung vom 9. März 1853 die Strafe der Meuterei unabhängig von der Strafe der Verbrechen, wegen deren die Angeklagten verhaftet waren, ausgesprochen werden muß;

in Erwägung, daß gegen beide Angeklagten nach den vorliegenden Umständen der geringste Grad der im §. 96. Absatz 2. angeordneten Zuchthausstrafe und eine zweijährige Stellung unter Polizei-Aufsicht für Meuterei angemessen erscheint,

dahin erkannt:

daß das Erkenntniß des Schwurgerichts zu Paderborn vom 26. April 1854 insoweit zu vernichten, als es die Angeklagten K. und Kö. von der Anschuldigung der Meuterei entbindet, beide vielmehr der Meuterei mit Gewalt an Sachen schuldig und deshalb Jeder von ihnen außer der gegen sie im gedachten Erkenntnisse ausgesprochenen Strafe noch mit zwei Jahren Zuchthaus und einer Verlängerung der erkannten Stellung unter Polizei-Aufsicht auf zwei Jahre zu bestrafen.

Digitized by Google

№ 46.

Oeffentliches Aergerniß durch Verletzung der Schamhaftigkeit.

Zur Anwendung des §. 150. des Str. G. B. ist nicht erforderlich, daß die die Schamhaftigkeit verletzende Handlung bei den dabei anwesenden Personen nach ihrer subjectiven Empfindung ein Aergerniß wirklich erregt habe; es genügt aber auch nicht, daß eine, die Schamhaftigkeit verletzende, zur Erregung eines Aergernisses objectiv geeignete Handlung an einem öffentlichen Orte begangen sei, es muß vielmehr auch festgestellt sein, daß eine oder mehrere Personen dabei anwesend gewesen. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 105.

Str. G. B. §. 150.

In der Wirthsstube des Schankwirths B. in M. hatte der Angeklagte in Gegenwart zweier Mannspersonen und der Dienstmagd des Schankwirths Handlungen vorgenommen, welche nach der thatsächlichen Feststellung die Schamhaftigkeit verletzten und einen groben, von großer Rohheit zeugenden Unfug darstellten. Der erste Richter, das Kreisgericht zu Münster, hielt indessen den der Anklage zum Grunde gelegten §. 150. des Str. G. B. nicht anwendbar, weil es, obgleich die Wirthsstube ein öffentlicher Ort sei, an dem Erfordernisse eines öffentlichen Aergernisses fehle, da mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der beiden anwesenden Mannspersonen das Aergerniß nur bei der gleichfalls anwesenden Dienstmagd anzunehmen sei. Es verurtheilte den

Digitized by Google

Beschuldigten nur wegen groben Unfugs auf Grund des §. 340. No. 9. des Str. G. B. zu sechswöchentlichem Gefängniß.

Auf die Appellation der Staats-Anwaltschaft erwog jedoch das Appellations-Gericht zu Münster, daß in der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters die wesentlichen Merkmale des §. 150. enthalten seien. Es komme Behufs Anwendung dieses Paragraphen nur darauf an, ob eine am öffentlichen Orte begangene Handlung nach richterlichem Ermessen geeignet sei, ein öffentliches Aergerniß zu geben, was im vorliegenden Falle keinem Bedenken unterliege, nicht aber auf die subjectiven Gefühle der dabei anwesenden Personen, in welcher Beziehung aber auch, wenn es darauf ankäme, genügen würde, daß der erwähnten Dienstmagd wirklich ein Aergerniß gegeben sei. Es erkannte hiernach in Betracht der großen Sittenlosigkeit und Rohheit der Handlung nach §. 150. auf sechsmonatliches Gefängniß.

Die hiergegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten behauptete:

1. Verletzung der wesentlichen Prozeßvorschrift des Art. 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, weil der Appellations-Richter ohne neue Beweisaufnahme von der thatsächlichen Feststellung, daß kein öffentliches Aergerniß gegeben, abgegangen sei, und
2. Verletzung des §. 150. des Str. G. B., weil nicht die Oeffentlichkeit des Orts genüge, sondern ein wirklich gegebenes öffentliches Aergerniß festgestellt werden müsse.

Durch das bei der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen des Ober-Tribunals am 5. October 1854 ergangene Urtel wurde jedoch die Beschwerde zurückgewiesen, und zwar mit folgenden Gründen:

Digitized by Google

in Erwägung, daß nach der Feststellung des ersten Richters der Angeklagte die ihm zur Last gelegten Handlungen in der öffentlichen Wirthsstube des Schankwirths V. in Gegenwart zweier Mannspersonen und der Dienstmagd, Catharina S., vorgenommen, dadurch einen groben, die Schamhaftigkeit verletzenden Unfug verübt, und zwar nicht den beiden Mannspersonen, wohl aber der Catharina S. ein Aergerniß gegeben hat;

daß der erste Richter zwar zugleich es für nicht festgestellt erklärt, daß hierdurch ein öffentliches Aergerniß gegeben worden sei, und die Frage, ob ein öffentliches Aergerniß gegeben worden, an und für sich thatsächlicher Natur ist,

daß jedoch der erste Richter die Nichtannahme des öffentlichen Aergernisses dadurch motivirt, daß bei den beiden Männern mit Rücksicht auf ihre Persönlichkeit ein Aergerniß nicht anzunehmen sei, und das der Catharina S. gewordene Aergerniß, ungeachtet der Oeffentlichkeit des Orts, nicht den Charakter eines öffentlichen Aergernisses habe,

daß er hiernach nicht sowohl eine thatsächliche Feststellung, als eine Folgerung aus dem gesetzlichen Begriffe vornahm, zu deren Prüfung und Abänderung der Appellations-Richter unter Feststellung der gegebenen thatsächlichen Momente wohl befugt war,

daß mithin die behauptete Verletzung der wesentlichen Prozeßvorschrift des Art. 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 nicht vorliegt;

in Erwägung, daß der §. 150. des Str. G. B. nicht diejenigen mit Strafe bedroht, welche die Schamhaftigkeit öffentlich, d. h. durch an einem öffentlichen Orte vorgenommene oder doch wahrnehmbare Handlungen verletzen,

Digitized by Google

sondern diejenigen, welche durch Verletzung der Schamhaftigkeit ein Aergerniß, und zwar ein öffentliches Aergerniß geben (vergl. den Commissions-Bericht der zweiten Kammer ad §. 139. des Entwurfs S. 95.).

daß es mithin zur Anwendung desselben nicht genügt, daß eine nach richterlichem Ermessen zur Erregung eines Aergernisses geeignete Handlung an einem öffentlichen Orte vorgenommen sei, daß vielmehr jedenfalls die Anwesenheit von Personen, bei denen ein Aergerniß erregt werden könnte, erforderlich ist;

daß dagegen anderer Seits die Anwendung des Gesetzes nicht von der Subjectivität der anwesenden Personen abhängig sein kann,

daß das Gesetz überhaupt nicht ein Mißfallen der anwesenden Personen, sondern in abstracto ein öffentliches Aergerniß erfordert, ein solches aber auch dann gegeben wird, wenn die Schamlosigkeit den Beifall der Umstehenden erhalten sollte,

daß das Wort „Aergerniß" auch schon dem hergebrachten Sprachgebrauche gemäß eine Verletzung des sittlichen Gefühls, sei es durch wirkliche Erregung des Aergers, sei es durch Verleitung zur Zustimmung in eine unsittliche Handlung andeutet;

daß daher der §. 150. eine jede bewußter Weise der öffentlichen Sitte hohnsprechende, an öffentlichem Orte im Beisein anderer Personen vorgenommene, die Schamhaftigkeit verletzende Handlung zu rügen beabsichtigt,

daß mithin der Appellations-Richter, indem er den §. 150. auf den durch den ersten Richter festgestellten Thatbestand anwendbar hielt, das Strafgesetz nicht verletzte, sondern richtig anwandte.

Digitized by Google

№ 47.

Diebstahl in Schankstätten.

Die Vorschrift des §. 217. No. 5. des Str. G. B. kann auf den Fall nicht bezogen werden, wo in einem bloßen Schanklocale von einem Trink- oder Zehrgaste gestohlen wird. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 104.

Str. G. B. §. 217. No. 5.

Der Nagelschmidtgeselle M. hat im April 1854 in dem Locale des Schankwirths H. zu P., wo er, um einen Schnaps zu trinken, eingetreten war, während seines Aufenthalts in, oder bei seinem Fortgehen aus demselben, eine Pfeife gestohlen. Auf diesen Diebstahl hat das Kreisgericht zu Warendorff und mit demselben das Appellations-Gericht zu Münster, nur den §. 216., nicht aber, wie die Staats-Anwaltschaft in Antrag gebracht hatte, den §. 217. No. 5. des Str. G. B. für anwendbar erachtet, und deshalb den Angeklagten nur zu einer einmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt.

Gegen diese Entscheidung legte die Staats-Anwaltschaft die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Durch das unter dem 13. Juli 1854 bei der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen des Ober-Tribunals ergangene Erkenntniß ist jedoch in Erwägung, daß gemeinrechtlich bloßen Schank-, Speise- und Kaffee-Wirthen nicht gleiche Rechte und Pflichten mit den Gastwirthen zukommen, beziehungsweise obliegen, Eichhorn, D. Pr. R. §. 393 a., Rittermaier, D. Pr. R. §. 527., Weiske, Rechts-Lexion Bd. 4. S. 440. 443. 444.)

Digitized by Google

daß zu den Herbergen und Gasthäusern (auberge, hôtellerie) ein bloßes Schanklocal (cabaret) auch im französischen Rechte nicht gerechnet wird,

(Còde civil art. 2102[6], Còde pén. art. 886[4].)

daß die landrechtliche (A. L. R. Thl. I. Tit. 23. §§. 55 ff., Thl. II. Tit. 8. §§. 435. 436. 444 ff.) und die weitere, die polizeilichen Verhältnisse und die Besteuerung der Gewerbe betreffende Preuß. Gesetzgebung

(Edict vom 2. November 1810 — Ges.-Samml. No. 9. S. 79. — §. 21. No. 6., Tarif I. Klasse No. 11., II. Klasse No. 11. u. 14., III. Klasse No. 12. 21. 23. 24., IV. Klasse No. 12. 19. 21. 22., V. Klasse No. 10.;

Gesetz vom 7. September 1811 — Ges.-Samml. S. 263. — §§. 54. 55. 131.;

Gewerbesteuer-Gesetz vom 30. Mai 1820, §§. 2 9. littr. a. §. 10. littr. c. d.;

Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 — Gesetz-Samml. S. 18. — No. 1. und 4.;

Cabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 — Gesetz-Samml. S. 214. — No. 2.;

Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 — Ges.-Samml. S. 52. — §. 55.)

überall bloße Schankstätten von Gasthäusern und die Schankwirthe, zu deren Gewerbe es gehört, stehende und sitzende Gäste — Trink- oder Zehrgäste — zu halten, von den Gastwirthen, die auch fahrende oder reisende Gäste beherbergen, sie zum Wohnen aufnehmen, unterschieden hat;

daß, indem das Str. G. B. im §. 217. No. 5., Gasthäuser, in welche von dem Gastwirthe Gäste aufgenommen werden, und im §. 342. Schankstuben, in

Digitized by Google

welche Gäste auch zur Beherbergung, — zum Wohnen, aufgenommen werden, von bloßen Schanklocalen, in welchen Trink- oder Zehrgäste nur vorübergehend oder stundenweise verweilen, unterscheidet,

daß der Entwurf des Strafgesetz-Buchs vom Jahre 1843 im §. 406. No. 6. zu den gemeinen Diebstählen unter erschwerenden Umständen den Fall, wenn Gäste in den Wirthshäusern stehlen und im §. 407. No. 6. zu den schweren Diebstählen rechnen wollte, in Bezug auf die hiergegen gemachten Erinnerungen die Revision vom Jahre 1845 Thl. 3. S. 6 ff. und die Motive des Entwurfs vom Jahre 1850 S. 71. bei Angabe der Gründe für die Weglassung jenes §. 406. mißbilligend bemerkten:

> es seien von den Ständen u. s. w. eine Menge von Fällen angegeben, welche in den §. 406. noch aufzunehmen seien, z. B. die Diebstähle an Sachen in allen „Wirths-, nicht blos Gasthäusern,"

und die Revision von 1845 Thl. 3. S. 11., sowie die Motive von 1847 S. 73., unter den Gründen für die Ausscheidung des Falles unter No. 6. §. 407. aus der Reihe der schweren Diebstähle unter andern bemerkten:

> zunächst werde es sich oft fragen, welcher Wirth als Gastwirth zu betrachten sei,

damals also, wo man die Auszeichnung der ganzen Kategorie der Diebstähle unter erschwerenden Umständen fallen ließ, die Gleichstellung der Schankwirthe mit den Gastwirthen und bloßer Schank- und Speisehäuser mit Gasthäusern nicht beabsichtigt, sondern gemißbilligt wurde, und für den Entwurf vom Jahre 1850 und das Strafgesetz-Buch die Motive S. 60. 61. der Commissions-Bericht der zweiten Kammer S. 117. 118. und der ersten Kammer S. 32. überall nicht ergeben, daß bei

Digitized by Google

der Wiederaufnahme einzelner Fälle jener Kategorien und namentlich des, eine Hausgenossenschaft, — wenn auch im erweiterten Sinne — voraussetzenden Hausdiebstahls (Str. G. B. §. 217. No. 4. u. 5.), jene Gleichstellung beabsichtigt worden sei,

daß demnach die Entstehungsgeschichte des §. 217. No. 5. des Str. G. B. darauf führt, daß in demselben unter einem Gasthause nicht auch bloße Schanklocale, und unter Gastwirthen nicht auch die Inhaber eines Schanklocals, sondern nur solche Wirthe zu verstehen sind, welche aus der Beherbergung von Fremden ein Gewerbe machen,

daß die Auszeichnung des Falles §. 217. No. 5. ihren Grund auch mit darin hat, daß Gastwirthe zu den bei ihnen logirenden Personen in ein näheres, eine, — wenn auch nur vorübergehende — Hausgenossenschaft begründendes Verhältniß treten, welches jene zur civilrechtlichen Haftung für die miteingebrachten Effecten der von ihnen aufgenommenen Gäste (aus dem recepto) verpflichtet, —

A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 444 ff.

Weiske, Rechts-Lexicon Bd. 4. S. 441. 443. 447.

dieser Grund aber in Bezug auf bloße Schank- und Speisewirthe in ihrem Verhältnisse zu bloßen Trink- oder Zehrgästen nicht zutrifft,

daß hiernach die Vorschrift des §. 217. No. 5. a. a. O. nach ihrem Zusammenhange mit der übrigen Gesetzgebung, namentlich auch mit sonstigen Bestimmungen des Str. G. B. nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach ihren Gründen, auf den Fall, wo in einem Schanklocale von einem Trink- oder Zehrgaste gestohlen wird, nicht bezogen werden kann,

Digitized by Google

daß daher Verletzung jenes Gesetzes durch den Appellations-Richter nicht stattgefunden hat;

dahin erkannt,

daß die gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Münster vom 9. Mai 1854 eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 48.

Beschränkung der Vertheidigung durch unterlassene Bekanntmachung der vorgeladenen Zeugen.

Die Nichtbeobachtung der Vorschrift des zweiten alinea des Art. 26. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, wonach dem Angeklagten vor der Sitzung bekannt zu machen ist, welche Zeugen zur Verhandlung seiner Sache vorgeladen sind, ist für eine im Sinne des Art. 108. No. 5. des Gesetzes unzulässige Beschränkung der Vertheidigung zu erachten. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 92.

Gesetz vom 3. Mai 1852. Art. 26.

Gegen den Branntweinbrenner K. zu Schwelm war die Anklage erhoben, daß er durch Verletzung der Schamhaftigkeit ein öffentliches Aergerniß gegeben, er von dieser Anklage jedoch durch das Urtel erster Instanz entbunden worden. Auf die von Seiten der Staats-Anwaltschaft eingelegte Appellation waren von dem Appellations-Gerichte zu Hamm von Amtswegen die bereits in erster Instanz vernommenen Belastungszeugen vorgeladen, ohne daß jedoch

Digitized by Google

hiervon dem Angeklagten Kenntniß gegeben war. Das Appellations-Gericht erkannte hierauf gegen den Angeklagten unter dem 20. Januar 1854 auf Strafe, der Angeklagte legte aber gegen diese Entscheidung deshalb die Nichtigkeits-Beschwerde ein, weil das stattgefundene Verfahren der Vorschrift des Art. 26. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 nicht entspreche. Diese Beschwerde ist auch begründet gefunden und von dem Ober-Tribunal, Abthl. II. des Senats für Strafsachen, in der Sitzung vom 20. April 1854

in Erwägung, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des zweiten alinea des Art. 26. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 (§. 52. Verordnung vom 3. Januar 1849) die vorgeladenen Zeugen dem Angeklagten bekannt zu machen sind, und demselben unbenommen bleiben soll, auf seine Kosten andere, als diese von Gerichtswegen vorgeladene, und ihm als solche, also vor der Sitzung bekannt gemachten, in der Sitzung zu gestellen;

daß das Appellations-Gericht es an einer solchen Bekanntmachung an den Angeklagten bei dessen Vorladung zur Sitzung vom 3. Januar 1854 hat fehlen lassen;

daß der Angeklagte also außer Stande blieb, dasjenige thun zu können, was ihm im Interesse seiner Vertheidigung gesetzlich freigestellt war, nämlich den von Amtswegen vorgeladenen Zeugen nach seiner eigenen freien Prüfung eventualiter auch noch andere Zeugen in der Sitzung seiner Seits entgegen zu stellen;

daß in dieser Nichtbeobachtung der Bestimmung des Art. 26. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 eine wesentliche Beschränkung der Vertheidigung, resp. die Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Verfahrens im Sinne des Art. 108. No. 5. desselben Gesetzes vorliegt,

dahin erkannt:

Digitized by Google

daß das Erkenntniß des Appellations-Gerichts, Criminal-Senats, zu Hamm vom 20. Januar 1854 sammt der demselben vorgängigen Verhandlung zu vernichten, und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Appellations-Gericht zu Arnsberg zu verweisen.

№ 49.

Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde durch die Staats-Anwaltschaft.

Gegen ein Appellations-Urtel kann nur der Ober-Staats-Anwalt, nicht der für das Stadt- oder Kreisgericht bestellte Staats-Anwalt die Nichtigkeits-Beschwerde einlegen. Die von dem Letztern, wenn auch im Auftrage des Ober-Staats-Anwalts und mit Einreichung der Autorisation desselben, gegen ein solches Urtel angebrachte Nichtigkeits-Beschwerde ist unstatthaft. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 94.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §§. 2 ff.
Gesetz vom 3 Mai 1852 Art. 109. 110.

Gegen den des Diebstahls angeklagten Besenbinder St. waren in erster Instanz von dem Kreisgericht zu Dortmund, in zweiter Instanz von dem Appellations-Gerichte zu Hamm Straferkenntnisse ergangen. Gegen das bei dem letztern ergangene Erkenntniß legte der Staats-Anwalt zu Dortmund die Nichtigkeits-Beschwerde ein und erachtete sich hierzu durch Vorlegung der Autorisation des Ober-Staats-Anwalts zu Hamm ermächtigt. Das Ober-Tribunal, Abthl. II. des Senats für Strafsachen, hat jedoch unter dem 11. Mai 1854

Digitized by Google

in Erwägung, daß dem gesetzlich bestimmten Wirkungskreise der Strafgerichte in den verschiedenen Instanzen entsprechend, die Gliederung der Staats-Anwaltschaft erfolgt ist,

daß nach Maaßgabe dieser Gliederung der Staats-Anwaltschaft es zu den Attributionen des bei dem Appellations-Gerichte bestellten Ober-Staats-Anwalts gehört, nicht aber der Stellung der für die Stadt- und Kreisgerichte bestellten Staats-Anwalte zu dem Ober-Staats-Anwalte und zu dem Appellations-Gerichte es entspricht, durch Anbringung von Nichtigkeits-Beschwerden oder Einlegung von Nichtigkeits-Beschwerden darüber zu wachen, daß bei dem letztern in dem Strafverfahren überall den gesetzlichen Vorschriften genügt werde,

daß, indem das Gesetz dem Ober-Staats-Anwalte eine solche Stellung zu dem Appellations-Gerichte anweiset und ihm solche Befugnisse beilegt, es ihm auch zur Pflicht macht, diese selbst oder geeigneten Falls durch den zu seiner Vertretung ihm beigeordneten Gehülfen auszuüben, nicht aber der Ober-Staats-Anwalt diese Befugnisse dadurch auf den Staats-Anwalt des Kreisgerichts übertragen kann, daß er, wenn auch nur in einer einzelnen Sache, denselben zur Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde autorisirt:

daß deshalb eine Nichtigkeits-Beschwerde, welche gegen ein Appellations-Erkenntniß von dem für das Stadt- oder Kreisgericht bestellten Staats-Anwalte, — wenn auch im Auftrage des Ober-Staats-Anwalts und mit Einreichung der Autorisation des letztern, eingelegt wird, für gehörig eingelegt nicht erachtet werden kann,

für Recht erkannt:

daß die gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Hamm vom 20. Januar 1854

Digitized by Google

durch den Staats-Anwalt zu Dortmund eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 50.

Zulässigkeit der Restitution im Strafverfahren.

Wenn der Angeklagte durch den Beschluß des competenten Gerichts gegen seine frühere Verurtheilung restituirt ist, und auf Grund dieses Beschlusses demnächst die Erneuerung der Hauptsache stattgefunden hat, so kann das in der letzteren ergangene Urtel aus dem Grunde, weil die Restitution aus den dafür angeführten Gründen überhaupt nicht hätte zugelassen werden sollen, von der Staats-Anwaltschaft nicht ferner angefochten werden. Präjudizien des Senats für Strafsachen No. 106.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §§. 151 ff.

Die §§. 151. folg. der Verordnung vom 3. Januar 1849 ordnen, in wesentlicher Abweichung von den älteren Vorschriften der Criminal-Ordnung von 1805, das Restitutionsverfahren gegen rechtskräftige Entscheidungen in Strafsachen. Die Beschränkung der Restitutionsgründe auf die beiden Fälle der falschen Urkunde und des Meineides eines Zeugen beruht hauptsächlich darauf, daß, nach der Natur des öffentlichen und mündlichen Verfahrens, und mit Rücksicht auf das Hauptfundament des Urtels, nämlich die durch unmittelbare Verhandlung des Falles vor dem Gerichtshofe gewonnene Ueberzeugung der Richter resp. der Geschworenen, eine Anfechtung der Beweisgrundlagen der Entscheidung nur

Digitized by Google

in sehr beschränktem Maaße möglich und daher nur auf die Hauptfälle der evidenten Falschheit des Beweismittels zurückzuführen sei.

Das Verfahren nun ist dahin vorgeschrieben, daß die Prüfung des Restitutionsgesuchs allein dem Gerichte erster Instanz obliegt; daß nur dem Imploranten gegen die Zurückweisung eine Beschwerde zusteht, und daß, wenn das Gericht die Restitution zuläßt, sofort das mündliche Verfahren nach der für die in Rede stehende Gesetzes-Uebertretung vorgeschriebenen Form zu erneuern, in diesem Verfahren aber unter Aufhebung des früheren Urtels ein neues Urtel zu fällen ist, gegen welches die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind.

Der nachfolgende Rechtsfall hat Veranlassung gegeben, die wichtigeren hierher gehörigen Fragen zu erörtern.

Im Jahre 1849 fanden in dem Dorfe H. Zusammenrottungen zahlreicher Personen mit Widersetzung gegen die Beamten, welche Executionen vollstrecken sollten, sowie gegen ein zum Schutze dieser Executionsvollstreckung berufenes Militair-Commando statt. Die Anklage wurde wegen Aufruhrs u. s. w. gegen 54 Personen erhoben, und unter diesen wurde der Bauer H. auf Grund des Verdikts der Geschworenen durch Urtel des Schwurgerichtshofes vom 5. Februar 1852 wegen versuchten Aufruhrs zu zwei Jahren Gefängniß verurtheilt.

Er suchte Restitution nach, und gründete dieselbe hauptsächlich auf die falsche Aussage des Hauptzeugen. Das betreffende Kreisgericht zu Glatz erhob vorläufigen Beweis, und beschloß am 22. Juli 1853:

daß das Restitutionsgesuch des H. für begründet zu erachten, und demgemäß das mündliche Verfahren vor dem Schwurgericht zu erneuern.

Digitized by Google

Dieser Beschluß wurde von dem Anklage-Senat des Appellations-Gerichts, an welchen die Acten zur definitiven Beschlußfassung gediehen waren, aufgehoben, weil die Restitutionsgründe nicht ausreichend seien. Der Angeklagte H. beschwerte sich über diesen zurückweisenden Beschluß des Anklage-Senats und derselbe wurde demnächst am 3. Februar 1854 von dem Ober-Tribunal, Abthl. I. des Senats für Strafsachen, als ein incompetenter aufgehoben, und zwar in Erwägung, daß der Bauer H. durch den Beschluß des Anklage-Senats des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 20. Mai 1851 wegen Aufruhrs in den Anklagestand versetzt, und auf Grund des Verdicts der Geschworenen durch das Urtel des Schwurgerichtshofes zu Glatz vom 5. Februar 1852 wegen versuchten Aufruhrs zu zwei Jahren Gefängniß verurtheilt, hiergegen jedoch auf Grund der stattgefundenen vorläufigen Beweisaufnahme durch den Beschluß des Kreisgerichts zu Glatz vom 22. Juli 1853, unter angeordneter Erneuerung des mündlichen Verfahrens vor dem Schwurgerichte, zur Restitution verstattet worden ist;

in Erwägung, daß das in den §§. 151. folg. der Verordnung vom 3. Januar 1849 vorgeschriebene Verfahren über die Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse nur den Zweck einer Erneuerung des Beweisverfahrens auf Grund der ursprünglichen Anklage und des Anklagebeschlusses resp. des Einleitungsbeschlusses hat, daß diese daher unverändert stehen bleiben; daß der Beruf des Anklage-Senats sich nur auf das Befinden über den sonach unverändert bleibenden Anklagestand des Angeschuldigten erstreckt, und daher, der Natur der Sache nach, eine Concurrenz des Anklage-Senats bei der Einleitung des Restitutionsverfahrens nicht fordert, zumal eine Analogie

Digitized by Google

zwischen der Zulassung einer Restitution und dem Erkennen über den Anklagestand nicht bestehe; daß diese Auffassung auch durch den Inhalt des Gesetzes unterstützt wird, indem der §. 155. der Verordnung vom 3. Januar 1849 anordnet, daß das im §. 152. bezeichnete Gericht, wenn es das Restitutionsgesuch für begründet erachtet, sofort die Erneuerung des mündlichen Verfahrens anordnen soll, das Gesetz also damit ein weiteres Vorverfahren ausschließt; indem ferner der §. 154. nur dem Implorantin eine Beschwerde über die verweigerte Restitution, nicht auch dem Staats-Anwalt über die zugelassene Restitution gestattet; endlich auch in dem analogen Falle des Art. 99. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 nur das Befinden des Gerichtshofes, ohne eine erneuerte Concurrenz des Anklage-Senats, über die Erneuerung des mündlichen Verfahrens vor dem Schwurgerichte auf Grund der unverändert bleibenden Anklage und des Anklagebeschlusses entscheidet; daß hiergegen auch die Bemerkung in dem Commissionsberichte der zweiten Kammer zur Verordnung vom 3. Januar 1849, wonach auch der Anklage-Senat über die Zulassung der Restitution zu befinden haben soll, nicht entscheidend ist, weil sie sich nur darauf gründet, daß das Gesetz von einer Erneuerung des Verfahrens nach der für die in Rede stehende Gesetzes-Uebertretung vorgeschriebenen Form spreche, bei dieser aber für Schwurgerichte die Concurrenz des Anklage-Senats vorgeschrieben sei, das Gesetz aber ersichtlich unter diesem erneuerten Verfahren nur dasjenige Hauptverfahren versteht, welches in Gemäßheit des die Untersuchung einleitenden Beschlusses, also des bereits erlassenen Beschlusses, gesetzlich vorgeschrieben ist;

in Erwägung, daß hiernach der Beschluß des Anklage-Senats

Digitized by Google

zu Breslau vom 1. November 1853 aufzuheben, und es bei dem Beschlusse des, auch in Fällen dieser Art den Schwurgerichtshof nach Art. 53. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 vertretenden, Kreisgerichts zu belassen ist.

Sonach war ausgesprochen, daß in dem Vorverfahren über die Restitution ein weiterer Instanzenzug gegen den positiven Restitutionsbeschluß des Gerichts erster Instanz nicht zulässig sei.

Hiernach verblieb es auch im vorliegenden Falle bei dem Restitutionsbeschlusse vom 23. Juli 1853.

In Folge desselben hat ein erneuertes Verfahren vor dem Schwurgericht zu Glatz über die ursprüngliche Anklage wegen Aufruhrs gegen den H. stattgefunden, die Geschworenen haben die ihnen über die Theilnahme des letzteren an dem Aufruhr vorgelegten Fragen verneinend beantwortet, und H. ist demnächst durch das Urtel des Schwurgerichtshofes zu Glatz von der Anklage des Aufruhrs freigesprochen worden. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Staats-Anwalts gegen dieses Urtel beruht auf zwei Momenten:

1. daß das Restitutionsverfahren überhaupt unzulässig gewesen, weil, wenn es auch auf die Falschheit der Aussage eines Hauptzeugen gegründet worden, der §. 153. der Verordnung vom 3. Januar 1849 doch fordere, daß zuvor der Meineid gegen den Zeugen selbst rechtskräftig festgestellt sein müsse, bevor die Restitution zulässig sei. Eine solche Feststellung habe — was in der That richtig war — nicht stattgefunden;
2. daß das mündliche Hauptverfahren über die Grenzen des Restitutionsbeschlusses hinausgegangen sei.

In dieser letzteren Hinsicht ist thatsächlich zu bemerken, daß die ursprüngliche Anklage drei besondere Anschuldigungspunkte gegen den Angeklagten H. enthielt; daß demgemäß

Digitized by Google

in dem ersten Hauptverfahren den Geschwornen drei gesonderte Fragen über drei verschiedene Handlungen des Angeklagten vorgelegt und von ihnen bejaht waren, und auf diesem Gesammtverdict die Verurtheilung wegen versuchten Aufruhrs beruhte. Das Zeugniß desjenigen Zeugen, auf dessen Anfechtung das jetzige Verfahren hauptsächlich beruhete, betraf eigentlich nur die eine der drei gedachten Handlungen des Angeklagten, so daß nur in Beziehung auf diese nach der Behauptung des Staats-Anwalts, eine Anfechtung des Thatbestandes möglich war, während der Thatbestand der anderen beiden Handlungen, mithin auch die darauf bezüglichen Verdicte stehen geblieben sein würden. Worauf der Beweis in dem früheren Verfahren hinsichtlich dieser beiden Handlungen beruht hatte, ließ sich nicht ermitteln: es konnte die Gesammt-Anschauung der sämmtlichen Verhandlungen gegen alle Theilnehmer am Aufruhr gewesen sein, welche diesen beiden Verdicten zum Grunde gelegen hatte. Gleichwohl waren den Geschworenen in dem jetzt erneuerten Verfahren wiederum dieselben drei Fragen, wie früher, vorgelegt und von ihnen beantwortet worden. Die Beschwerde des Staats-Anwalts ging also davon aus, daß der Restitutions-Beschluß der Natur der Sache nach nur so weit habe restituiren können, als das angefochtene Beweismittel reiche, also nur gegen das Verdict in Bezug auf die dritte Handlung des Angeklagten, während die anderen beiden Verdicte unangefochten hätten stehen bleiben müssen. Die Folge würde also nicht die Aufhebung der ganzen früheren Verurtheilung, sondern höchstens eine Milderung der Strafe haben sein können. Die erneute Vorlegung aller drei Fragen sei in jedem Falle unzulässig gewesen.

Bei der Prüfung dieser Beschwerde war die Hauptfrage die:

Digitized by Google

ob es überall noch zulässig sei, in dem erneuerten Hauptverfahren die Zulässigkeit der Restitution, also die Grundlage dieses erneuerten Verfahrens, durch die Instanzen anzufechten?

Daß diese Anfechtung in dem Vorverfahren über die Restitution selbst unzulässig sei, war durch den früheren Beschluß vom 3. Februar 1854 festgestellt. Damit war freilich diese Unzulässigkeit für das künftige Hauptverfahren selbst noch nicht ausgesprochen. Es ergab sich sogar für die Zulässigkeit eine Analogie in der Vorschrift des Art. 130. des Gesetzes vom 3. Mai 1852. Dort ist die Restitution gegen versäumte Proceßfristen bestimmt, und dabei ausgesprochen, daß dem Angeklagten eine Beschwerde über die Zurückweisung dieser Restitution zustehen, dem Staats-Anwalte aber nur vorbehalten sein solle, die Unstatthaftigkeit dieser Restitution bei der Hauptverhandlung demnächst geltend zu machen.

Der Senat für Strafsachen des Ober-Tribunals hat sich indeß für die Unzulässigkeit jener Anfechtung ausgesprochen, die zuletzt gedachte Analogie also für das Restitutionsverfahren aus den §. 151. folg. der Verordnung vom 3. Januar 1849 als nicht zutreffend erachtet. Mit diesem, den ersten obigen Beschwerdepunkt erledigenden, Grundsatze mußte dann folgerichtig auch der zweite Beschwerdepunkt fallen. Der Restitutionsbeschluß vom 22. Juli 1853 lautete, in seiner formellen Fassung, ganz allgemein gegen die ganze frühere Verurtheilung. Sowie es also unzulässig war, denselben aus den innern Gründen anzufechten, welche gegen seine Rechtsbeständigkeit überhaupt gerichtet waren, ebenso mußte es auch unzulässig erscheinen, ihn in Beziehung auf seine Ausdehnung anzufechten, da auch diese Anfechtung sowie jene nur Gegenstand des Vorverfahrens hätte sein können.

Digitized by Google

Demgemäß ist von der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen am 6. October 1854 auf Zurückweisung der Beschwerde des Staats-Anwalts erkannt worden und zwar in Erwägung, daß, den ersten Beschwerdepunkt betreffend, der Angeklagte durch den Beschluß des competenten Kreisgerichtes zu Glatz vom 22. Juli 1853 gegen das verurtheilende Erkenntniß des Schwurgerichtshofes vom 5. Februar 1852 restituirt, und daß durch diesen Beschluß die Erneuerung des Verfahrens vor dem Schwurgericht angeordnet worden ist;

daß der §. 154. der Verordnung vom 3. Januar 1849 eine Beschwerde des Staats-Anwalts gegen die Zulassung zur Restitution nicht, vielmehr nur dem Angeklagten gegen die Verweigerung der Restitution gestattet, indem es im ersten Falle die sofortige Erneuerung des mündlichen Verfahrens vorschreibt;

daß, wenn sonach in dem Vorverfahren über die Restitution der Staats-Anwaltschaft ein Rechtsmittel gegen die Zulassung derselben nicht gewährt ist, ein solches in der demnächst von Neuem verhandelten Hauptsache zu dem Zwecke nicht gewährt sein kann, um nunmehr jetzt erst, also nachträglich, die Zulassung zur Restitution anzufechten;

daß das Gesetz nicht die vollständige Wiederholung des Verfahrens in der Hauptsache zugelassen haben würde, wenn es nicht davon ausgegangen wäre, daß die Zulässigkeit dieser Wiederholung eben durch das Vorverfahren rechtskräftig festgestellt sein solle;

daß hiergegen auch die Analogie des §. 130. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 wegen der Restitution gegen versäumte Präclusivfristen nicht angezogen werden kann, indem, wenn hier allerdings der Staats-Anwaltschaft vorbehalten ist, die Ausführung der Unstatthaftigkeit der Re-

Digitized by Google

stitution bei der Hauptverhandlung geltend zu machen, dabei ganz andere Verhältnisse als bei der Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse obwalten;

in Erwägung, daß hiernach die Beschwerde gegen die Zulassung der Restitution unzulässig ist; hierdurch aber zugleich der zweite Beschwerdepunkt erledigt wird, indem bei dem allgemein lautenden Restitutionsbeschluß vom 22. Juli 1853 aus den so eben angeführten Gründen eine Erörterung darüber unstatthaft ist, ob der gedachte Beschluß nicht in dieser Ausdehnung, sondern nur in beschränkterem Umfange hätte erlassen werden sollen.

№ 51.

Geltendmachung der Eigenschaft eines Beneficial-Erben.

Nachdem die Verordnung vom 4. März 1834 über die Execution in Civilsachen, den §. 19. des 24. Tit. der Prozeß-Ordnung aufgehoben hat, gehört der Einwand des wegen einer Erbschaftsschuld verklagten, jedoch nicht ausdrücklich als Erbe ohne Vorbehalt in Anspruch genommenen Erben: daß er nur Beneficial-Erbe sei, — nicht in diesen Prozeß, derselbe darf vielmehr nur gegen die etwa später eintretenden Executions-Gesuche des Gläubigers, zugleich mit dem Antrage auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses und beziehungsweise auf gerichtliche Inventur des Nachlasses, nach Maaßgabe des §. 2. der gedachten Verordnung geltend gemacht worden. Das Präjudiz

Digitized by Google

No. 469. steht diesem Grundsatze nicht entgegen, weil dasselbe nur in einem älteren Falle, in welchem der Erbe schon vor Erlaß der Verordnung vom 4. März 1834 zur Zahlung einer Nachlaßschuld verurtheilt worden war, und er gleichwohl gegen die Vollstreckung dieses Judicats mit der im Vorprozesse nicht angezeigten Beneficial-Eigenschaft sich schützen wollte, angenommen worden ist. Präjudiz No. 2544.

A. G. O Thl. I. Tit. 24. §. 19.

Verordnung über die Execution in Civil-Sachen vom 4. März 1834. §. 2. (Ges.-Samml. S. 31.)

Präjudiz No. 469. (Samml. der Präj. S. 248.)

Die Allg. Gerichts-Ordnung enthält Thl. I. Tit. 24. §§. 15. und folg. Vorschriften über die Vollstreckung gerichtlicher Urtel gegen die Erben des Schuldners, und sie bestimmt namentlich im §. 19:

Wenn der Erbe noch vor der rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses zur Erbschaft gekommen ist, so muß er, wenn er von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch machen will, diesen Einwand noch vor dem Abschlusse der Instruction entgegensetzen, oder wenigstens seine Eigenschaft, daß er nur Beneficial-Erbe sei, zu den Acten anzeigen. Ist weder das Eine noch das Andere geschehen, so kann er demnächst durch diese Angabe die Execution nicht aufhalten.

Dagegen hat die Verordnung über die Execution in Civilsachen vom 4. März 1834 im §. 2. vorgeschrieben:

Der Beneficial-Erbe und der Verlassenschafts-Curator können die Execution in den Nachlaß, wenn das Inventarium über denselben bereits angefertigt worden, nur durch den Antrag auf Eröffnung des erbschaftlichen Liqui-

Digitized by Google

dationsprocesses, wenn das Inventar aber noch nicht angefertigt worden, nur durch den Antrag auf gerichtliche Inventur und Einleitung des erbschaftlichen Liquidations-Processes abwenden. Eine Berufung auf die im Allg. Landrecht Thl. I. Tit. 9. §. 424. bestimmte Frist (zur Anfertigung des Inventars) findet hierbei nicht statt. Läßt es der Erbe zur Execution kommen, so treten auch in diesem Fall die Vorschriften des A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 452—454 und der Proceß-Ordnung Tit. 51. § 57. ein.

Die Vorschrift §. 19. Tit. 24. der Proceß-Ordn. wird aufgehoben.

Es haben nun in der Sache der Auguste M. wider den K. die Erben des schon im Laufe der ersten Instanz verstorbenen Verklagten gegen das erste Urtel des Kreisgerichts zu Wongrowiece, durch welches sie, als Erben des Verklagten, zu einer Zahlung verurtheilt worden sind, in zweiter Instanz unter andern den Einwand erhoben und mit Beweis unterstützt, daß sie nur Beneficial-Erben des Schuldners seien und daher schlimmsten Falls nur als solche zu einer Zahlung verurtheilt werden könnten. Das Appellations-Gericht zu Bromberg bestätigte jedoch am 19. November 1853 die erste Entscheidung, ohne jenes Einwandes der Verklagten zu erwähnen, und von den letzteren wurde nunmehr Beschwerde darüber erhoben, daß dem bestätigten Urtel nicht die Maaßgabe beigefügt worden sei, daß die Verklagten nur soweit, als der Nachlaß reiche, zu haften hätten. Sie griffen das Appellations-Erkenntniß als nichtig, auf Grund §. 5. No. 10. a. der Verordnung vom 14. December 1833, an, indem sie behaupteten, daß der von ihnen erhobene Einwand, daß sie nur Beneficial-Erben seien, eine solche erhebliche Thatsache darstelle, welche, wenn sie vom Appellations-Richter beachtet worden wäre, eine entgegen-

Digitized by Google

gesetzte Entscheidung begründet haben würde, und deren Nichterwähnung daher den erlassenen Urtelsspruch nichtig mache.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch durch Erkenntniß vom 25. September 1854 — in Uebereinstimmung mit früheren Entscheidungen — die erhobene Beschwerde zurückgewiesen;

in Erwägung, daß das gerügte Stillschweigen des Appellations-Urtels als eine Verletzung der wesentlichen Proceßvorschrift des §. 5. No. 10. a. der Verordnung vom 14. December 1833 — durch Nichtbeachtung einer erheblichen Thatsache — nicht erachtet werden kann, indem jenes Urtel keinesweges ausgesprochen hat, daß die Verklagten unbedingt und selbst über die Kräfte der ihnen angefallenen Erbschaft hinaus für die Schuld ihres Erblassers haften sollen; eine solche, von den Klägern auch nicht verlangte, unbeschränkte Verhaftung der Erben eines Schuldners niemals präsumirt wird, sondern erst dann eintritt, wenn dieselben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten oder der Rechtswohlthat des Inventars auf die im Gesetze vorgeschriebene Weise sich verlustig gemacht haben (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 414. ff., Tit. 17. §§. 127 ff.); und ferner, nachdem der §. 19. Tit. 24. der Proc.-Ord. durch §. 2. der Verordnung vom 4. März 1834 über die Execution in Civilsachen aufgehoben worden ist, die Erhaltung der Rechtswohlthat des Inventars gegen einen Erbschafts-Gläubiger auch nicht mehr davon abhängt, daß der in Anspruch genommene Erbe in diesem Processe selbst seine Eigenschaft, als Erbe mit Vorbehalt, anzeige, ihm daher die Geltendmachung seines Einwandes jederzeit freisteht und er einem etwaigen Executions-Antrage des Gläubigers durch den Antrag auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprocesses sofort

Digitized by Google

begegnen kann, und, da die eben gedachte Verordnung sogar bestimmt, daß der Beneficial-Erbe die Execution nur durch diesen Antrag abwenden könne, es selbst unzulässig erscheinen muß, die Frage nach der Beneficial-Eigenschaft der verklagten Erben in dem gegenwärtigen Verfahren mit zur Erörterung zu bringen, indem den späteren Executions-Anträgen des Gläubigers dennoch nur in der oben erwähnten Weise würde begegnet werden können;

und daß endlich diesen Gründen auch der unter No. 469. des Präjudizienbuchs eingetragene Rechtssatz nicht entgegensteht, weil derselbe nur in einem älteren Falle, in welchem §. 19. Tit. 24. der Proc.-Ord. noch zur Anwendung kommen mußte, angenommen worden ist.

№ 52.

Vorrecht der Baugläubiger.

Das den Baugläubigern im §. 424. Thl. I. Tit. 50. der A. G. O. eingeräumte Vorrecht der vierten Klasse findet im Concurse, wenn nur zur Zeit der Eröffnung desselben das betreffende Gebäude zur Concurs-Masse gehörte, Anwendung, es mag aus dem Erlöse desselben etwas zur Gemein-Masse geflossen sein oder nicht. Präjudiz No. 2542.

A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 424. 426.

Eine Forderung der Berliner städtischen Erleuchtungs-Deputation von 79 Thlr. 6 Sgr. für die gelieferte Gas-Erleuchtungs-Einrichtung in zwei Häusern, die bei Eröffnung des E.schen erbschaftlichen Liquidations-Prozesses zur Masse

Digitized by Google

gehörten, ist zur IV. Klasse auf Grund des §. 424. Tit. 50. Thl. I. A. G. O. liquidirt, und dort auch in den gleichlautenden Erkenntnissen des Stadtgerichts und Kammergerichts zu Berlin vom 17. März und 21. December 1853 locirt worden, ungeachtet nachgesetzte Gläubiger das Vorrecht deshalb bestritten, weil bei der nothwendigen Subhastation jener Häuser ein Ueberschuß zur Gemeinmasse nicht geflossen ist, was nach ihrer Ansicht als eine nothwendige Bedingung der Anwendbarkeit des §. 424. gesetzlich vorausgesetzt wird.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Gläubiger S. und B. gegen die zweite Entscheidung ist am 12. September 1854 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen.

Es steht unangefochten fest, daß die liquidirte Forderung der Imploratin für solche Verwendungen in ein zur E.schen erbschaftlichen Liquidationsmasse gehöriges Grundstück geschehen ist, in Betreff deren der §. 424. Thl. I. Tit. 50. A. G. O. das Vorrecht der vierten Klasse verordnet. Streitig ist aber, ob das Vorrecht des §. 424. indistincte gegen die Gemeinmasse oder nur gegen das Object der Verwendung, also gegen einen etwaigen Ueberschuß aus dem Erlöse des Grundstücks nach Befriedigung der eingetragenen Gläubiger, zustehe — ein Ueberschuß, der im vorliegenden Falle nicht existirt.

Der Appellations-Richter nimmt die erstere Alternative an. Diese Ansicht ist richtig und der dagegen von den Imploranten aufgestellte, aus §§. 424. 426. Thl. I. Tit. 50. A. G. O. deducirte Grundsatz, daß das Vorrecht des §. 424. durch das Vorhandensein der Gebäude oder ihres Erlöses in der Masse, zu welcher liquidirt werde, bedingt sei, kann wenigstens in dem Sinne, welchen die Imploranten damit

Digitized by Google

verbinden, nicht als richtig anerkannt werden. Der §. 424. giebt das Vorrecht denjenigen, welche vor Ausbruch des Concurses zum Aufbau oder zur Ausbesserung der zur Masse gehörigen Gebäude Materialien geliefert, Arbeiten gethan, oder Gelder vorgeschossen haben, welche auch zu diesem Behufe verwendet worden sind. Erforderlich ist also zur Anwendung dieses Vorrechts allerdings, daß der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Concurses noch im Besitze des fraglichen Gebäudes war, weil es sonst nicht zur Masse gehörig sein würde. Daher zieht der §. 426. die sich von selbst hieraus ergebende Folgerung, daß nur die siebente Klasse gilt, wenn die betreffenden Gebäude zur Zeit des ausgebrochenen Concurses nicht mehr in der Masse befindlich ꝛc.

Das Gesetz geht davon aus, daß die Verwendung in das Gebäude nur dann in der Gesammtheit der Creditoren eine Rücksicht verdiene, wenn das Object derselben, das Gebäude, noch in dem Gesammtvermögen vorhanden ist. Mit Recht wird hieraus in dem Präjudize, Entscheidungen Bd. 22. S. 95. gefolgert, daß bei einem bloßen Prioritätsverfahren über bewegliche Sachen der §. 424. keine Anwendung finden könne; denn es fehlt in diesem Verfahren eine der nothwendigen Voraussetzungen desselben, das Dasein einer Gesammtmasse, zu welcher die Gebäude qu. gehören. Dagegen erlaubt der §. 426. nicht im Mindesten einen Schluß dahin, daß das Vorrecht nicht Platz greife, wenn nach Befriedigung der Realgläubiger kein Ueberschuß aus dem Erlöse des Gebäudes zur Gemeinmasse geflossen ist, oder daß es sich nur auf diesen etwaigen Ueberschuß selbst beziehe. Die Immobilien gehören, wenn auch nach der Concurs-Ordnung und vollends nach der Verordnung vom 28. December 1840 die Befriedigung der Realgläubiger aus denselben, ihrem Pfandrecht entsprechend, separat erfolgt, doch

Digitized by Google

zur Concursmasse. Eine geschehene Melioration des zur Hypothek haftenden Grundstücks kommt allen Gläubigern zu Gute, weil angenommen werden kann, daß der etwaige Ueberschuß zur Gemeinmasse nicht in dem Maaße erzielt worden sei, oder daß die hypothekarischen Gläubiger ihre Befriedigung nicht erhalten oder einen größern Ausfall erlitten haben, somit der Gemeinmasse, in welcher sie nach §. 452. noch sogar das Vorrecht der sechsten Klasse haben, zur Last gefallen sein würden, hätte nicht jene Verbesserung den Erlös des Grundstücks vermehrt. Die Begünstigung desjenigen, der die Verwendung hervorgebracht hat, der ganzen Gemeinmasse gegenüber, hat also einen ganz guten Sinn.

Es würde die von den Imploranten behauptete Modification des Vorrechts einer speziellen Anordnung bedurft haben, da die Regel des Concursverfahrens zu dem entgegengesetzten Resultate führt. Die Concurs-Ordnung unterscheidet §. 489. nur zwischen der Immobiliar- und der Gemeinmasse. Zur Gemeinmasse fällt nach §. 524. der nach Befriedigung der Realgläubiger etwa verbleibende Ueberrest ohne Unterschied, außerdem gehört zu ihr das ganze übrige Vermögen des Gemeinschuldners. Aus dieser Gemeinmasse haben nach §. 525. No. 2. die Gläubiger der vierten und folgenden Klassen ihre Befriedigung zu fordern, also aus dem Ganzen, insofern nicht eine Verweisung auf separate Objecte der Befriedigung im einzelnen erfolgt ist, wie z. B. in dem vom Appellations-Richter angeführten Falle der Immission (§. 449. a. a. O.).

Der §. 424. enthält weder eine derartige Anweisung noch eine Bedingung und Beschränkung des ganz allgemein ausgesprochenen Vorrechts. Die Ausdehnung desselben auf das Ganze liegt vielmehr klar in der §. 429. unter den Gläubigern dieser Klasse selbst getroffenen Anordnung, welche

Digitized by Google

nur dem Fiskus und den §§. 395 — 403. außer ihm benannten Kassen ein Vorrecht vor allen übrigen Forderungen dieser Klasse giebt, in Betreff dieser letzteren (§. 404. bis 428.) aber die Zeit der Entstehung des Vorzugsrechts als maaßgebend, „ohne Rücksicht auf den verschiedenen Grund der Priorität" feststellt.

Gegen so entscheidende Gesetzes-Aussprüche würde eine Berufung auf die Vorschriften des gemeinen Rechts, aus welchen das fragliche Vorrecht allerdings seinen Ursprung genommen, kaum von möglichem Erfolg sein können. Diese Vorschriften führen aber auch gar nicht zu einem entgegengesetzten Resultate. Das pignus ob refectionem aedium war ein tacitum und privilegiatum zugleich.

L. 1. in quibus causis pignus tacite contrahitur (20. 2.).

Schweppe, römisches Privatrecht §. 349. 362.

Darum gehört eine solche Forderung in die zweite Klasse des gemeinrechtlichen Concurses, in die Klasse der mit einem privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger, wo sie ihre Wirkung natürlich nur auf das fragliche Grundstück selbst resp. dessen Erlös ausübt, da das Pfandrecht ein speciale ist.

Dabelow's System des Concurses der Gläubiger Bd. 2. S. 225. §§. 226. 230—235.

Da nach preußischem System die geschehene Eintragung ein nothwendiges Requisit der Hypothek und zugleich die Priorität der Eintragung für den Vorrang entscheidend ist, so kann von einem solchen Vorrecht, außerhalb einer geschehenen Intabulation natürlich die Rede nicht sein. Als Ausfluß desselben ist etwa die Bestimmung des §. 972. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. zu betrachten, nach welcher der Werkmeister sein Vorrecht wegen Materialien und Arbeiten

Digitized by Google

auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners auf die Sache eintragen lassen kann, mithin dasselbe anscheinend als ein Titel zum Pfandrecht betrachtet wird (vgl. auch den jetzt nicht mehr geltenden §. 12. Tit. 51. Thl. I. A. G. O.). Bloße Titel zum Pfandrechte, gesetzliche oder vertragsmäßige, geben aber nach preußischen Grundsätzen kein dingliches Recht, würden also einen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem etwaigen Erlösüberschusse noch nicht rechtfertigen.

Das Vorrecht, der ganzen Concurs-Masse gegenüber, findet daher seine Begründung nicht in der nach preußischem Rechte nicht existirenden Eigenschaft einer derartigen nicht eingetragenen Forderung als einer pignoraticia. Vielmehr ist dessen Quelle in einem anderen Vorrechte zu suchen, in dem privilegium exigendi überhaupt, welches die lex 24. de rebus autoritate judicis possidendis (42. 5.) dem creditum ob restitutionem aedificiorum zuschreibt und auf dessen Grund eine derartige Forderung von den gemeinrechtlichen Rechtslehrern, ganz abgesehen von dem Pfande und dessen Erlöse, als privilegirte chirographarische Forderung in der gemeinrechtlichen vierten Klasse angesetzt wird. (Dabelow a. a. O. S. 321. ff. §§. 271. 275.) Es wurde dieses Vorrecht nicht nur auf den Fall der refectio aedium, sondern außer der Ausrüstung und Erkaufung eines Schiffs (l. 24. l. c.), auch überhaupt auf das Creditum zum Ankaufe, zur Wiederherstellung u. s. w. jeder unbeweglichen Sache, von einigen Juristen sogar jeder beweglichen Sache zur Anwendung gebracht, mithin auch unter gänzlicher Abwesenheit eines legalen oder vertragsmäßigen Pfandrechts.

Ganz die rechtliche Natur, wie dieses privilegium exigendi, hat das in unserer Concurs-Ordnung angeordnete

Digitized by Google

Vorrecht §. 424, und so wie jenes durchaus auf die Gemeinmasse geht und eine Beziehung zu dem Erlöse der Sache in deren Nutzen verwendet worden, gar nicht zur Bedingung hat, ebenso hat auch der §. 424. eine Beschränkung dieser Art nicht aufstellen wollen.

Uebrigens kann das Privilegium der Gläubiger zur Reparatur eines Schiffs (Allg. Landr. Thl. I. Tit. 20. §. 318.) zur Analogie gar nicht herangezogen werden, da in Betreff der zu einer Masse gehörigen Schiffe nach §§. 681—683. Tit. 50. immer ein abgesondertes Verfahren mit spezieller Prioritäts-Ordnung (§. 685.) eintritt, wobei die Schiffsgläubiger wegen eines etwaigen Ausfalls kein Vorrecht in der Gemeinmasse haben (§§. 689. 680. a. a. O.). Der bloße Titel des §. 319. Thl. I. Tit. 20. Allg. Landr. giebt hier ein Recht unter die Schiffsgläubiger aufgenommen zu werden, wenn ein Pfandrecht nicht bestellt ist (Reparaturschulden §. 685. No. 6.), gleich hinter den constituirten Pfandrechten (ebendas. No. 5.). Daß ein Gleiches bei der Immobiliar-Masse nicht eintritt, beweist eben rücksichtlich der hier in Rede stehenden Verwendung die Verschiedenheit der gesetzlichen Anordnungen.

Darum steht aber dem Creditum für ein Schiff das Vorzugsrecht der vierten Klasse auch nicht zu.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Entscheidung in Bd. 22. S. 95. hiermit nicht im Widerspruche steht, da sie sich nur über den Fall des Prioritäts-Streits über ein einzelnes Object außerhalb des Concurses verhält. Wenn auch die Entscheidungsgründe auf die Existenz eines Titels zum dinglichen Recht bei den Bauforderungen Bezug nehmen, so ist doch die hier zu entscheidende Frage dort nicht mit Bestimmtheit und Deutlichkeit beantwortet worden, wie sie denn zur Entscheidung auch gar nicht vorlag.

Digitized by Google

№ 53.

Begriff der gemeinen Lasten und Pflichten, welche der Eintragung in das Hypothekenbuch nicht bedürfen.

Unter den im §. 48. Tit. I. der Allg. Hypoth.-Ordnung von der Nothwendigkeit der Eintragung in das Hypothenbuch befreiten gemeinen Lasten und Pflichten sind zwar solche beständige Lasten oder Abgaben, welche in gewissen Zeitabschnitten regelmäßig wiederkehren und deren Entrichtung nicht bloß von dem Eintritte gewisser Begebenheiten oder Handlungen abhängig ist, ebenfalls mitbegriffen, aber nicht dergestalt ausschließlich zu verstehen, daß nicht auch andere dingliche Lasten, wie z. B. die Verpflichtung zu Besitzveränderungs-Abgaben, — wenn sie nach der Verfassung des Orts von allen Grundstücken derselben Art an die im Gesetze benannten Berechtigten zu entrichten sind, — dazu gerechnet werden können. Präjudiz No. 2550.

Allg. Hypoth.-Ordnung Tit. I. §. 48.

Der Verklagte zog als Fremder nach L. und kaufte dort ein Grundstück für 2000 Thlr. Im Hypothekenbuche ist sub rubr. II. eingetragen:

1 Sgr. 3 Pf. Lehnwaare bei Besitzveränderungen unter Lebendigen und 2 Sgr. 6 Pf. dergleichen bei Sterbe- und Erbfällen für das Rittergut L.

Das Rittergut L. gehört dem Kläger, er hat aber den Verklagten wegen Entrichtung von fünf Procent belangt,

Digitized by Google

also auf Höhe von 100 Thlr. Diesen Anspruch hat der Kläger, — außer einem hier nicht interessirenden, bei den Entscheidungen unerheblich geachteten, Anerkenntnisse, — auf die Behauptung gestützt: daß nach Ausweis eines Vergleichs vom Freitage nach Michaelis 1541, eines Vertrags vom 17. Juni 1738, und eines Vorbeschieds-Rescripts der Landes-Regierung zu Dresden vom 4. August 1787, seit Jahrhunderten nur die Gemeinde zu L. das Vorrecht gehabt, die Lehnwaare von 1 Sgr. 3 Pf. zu entrichten, dagegen Fremde verpflichtet gewesen, fünf Procent des Kaufpreises als Lehnwaare zu bezahlen, wenn sie Grundstücke zu L. kauften. Dies ist jedoch vom Verklagten in Abrede gestellt und noch der bestrittene Einwand erhoben, daß jedenfalls der Kläger seinen Anspruch aus dem Grunde verloren habe, weil er die verlangte Lehnwaare von fünf Procent nicht auf jedes Grundstück, namentlich nicht auf das Grundstück des Verklagten innerhalb der, durch die für L. geltende Verordnung vom 16. Juni 1820 wegen Einrichtung des Hypothekenwesens im Herzogthum Sachsen bestimmten Präclusionsfrist zur Eintragung in das Hypothekenbuch angemeldet hat. Eventuell brachte der Verklagte noch den ebenfalls bestrittenen Einwand vor, daß der Kläger nur vom Werthe des Grund und Bodens, nicht von den Gebäuden, die Lehnwaare würde fordern können.

Das Kreisgericht zu Naumburg a. d. S. hat am 8. April 1853 in seinem Erkenntnisse auch den Verklagten nur zur Zahlung von 10 Thlr. Lehngeld — nämlich fünf Procent von dem auf 200 Thlr. angenommenen Werthe des Grund und Bodens, — verurtheilt, den Kläger aber mit den mehrgeforderten 90 Thlr. abgewiesen. Deshalb hat der Kläger die Appellation ergriffen. Im Appellations-Urtel des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Naumburg

Digitized by Google

vom 21. November 1853 ist das, vom vorigen Urtel angenommene Vorhandensein der Verpflichtung zu fünf Procent Laudemien nicht dargethan erachtet und folglich das Erkenntniß erster Instanz auf die Appellation des Klägers bestätigt. Er hat indessen die Nichtigkeits-Beschwerde eingewandt, aus welcher hier nur der Angriff wegen Verletzung der §§. 48. und 49. Tit. I. der Allg. Hypoth.-Ordnung, der §§. 337. und 358. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ordnung, §. 10. der Instruction vom 12. August 1820 und §. 26. der Verordnung vom 16. Juni 1820 in Frage kömmt, indem nach der Ausführung des Appellations-Urtels, eine Laudemial-Verpflichtung unter keinen Umständen jemals zu den Lasten gerechnet werden soll, welche der Eintragung nicht bedürfen.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals in seinem Erkenntnisse vom 28. September 1854 hat auch die Nichtigkeits-Beschwerde für gegründet erachtet, jedoch in der Sache selbst das Appellations-Urtel seinem ganzen Inhalte nach aufrecht erhalten. Es lauten die hier einschlagenden

Gründe.

Es muß der Angriff des Imploranten wegen Verletzung des §. 48. Tit. I. der Hypoth.-Ordnung in soweit begründet erscheinen, als der Appellations-Richter davon ausgegangen ist, daß ein Laudemium schon im Allgemeinen, vermöge seiner Beschaffenheit, unter diejenigen gemeinen Lasten und Pflichten nicht gerechnet werden könne, welche nach der angeführten Gesetzstelle der Eintragung in das Hypothekenbuch nicht bedürfen.

Daß die §§. 48. und 49. Tit. I. der Hypoth.-Ord. und die §§. 357. 358., sowie 430. und 431. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ord. in engster Verbindung stehen bedarf zwar keiner Ausführung, sondern folgt aus dem klaren Wortinhalte. In den §§. 357. und 358. ist auch

Digitized by Google

ganz von denselben beständigen Lasten und Pflichten die Frage, welche nach §. 48. Tit. I. der Hypoth.-Ord. nicht eingetragen zu werden brauchen, und dagegen handelt §. 49. a. a. O. und §. 430. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ord. von den Lasten und Pflichten, welche der Eintragung bedürfen, um gegen jeden dritten Besitzer geltend gemacht zu werden. Die Auslegung daher, welche den §§. 337. und 358. a. a. O. in den Rescripten des Justiz-Ministeriums vom 27. April 1841 und 21. März 1842, so wie in dem Gutachten des Geheimen Ober-Tribunals vom 6. September 1841 (Justiz-Ministerial-Blatt S. 155. de 1841 S. 138 ff. de 1842) gegeben ist, muß auch auf den §. 48. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung passen und also hiernach angenommen werden, daß unter den nicht einzutragenden beständigen Lasten oder Abgaben nur solche zu verstehen seien, welche in periodischen Zeitabschnitten regelmäßig wiederkehren und deren Entrichtung nicht bloß von dem Eintritte gewisser Begebenheiten oder Handlungen abhängig ist. Hiernach kann die Laudemialverpflichtung nicht unter die beständig fortlaufenden Lasten und Abgaben gerechnet werden, und in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 16. Februar 1852 (Entscheidungen Bd. 24. S. 349.) ist auch schon nachgewiesen, daß sie für eine beständige Grundstücksabgabe nicht zu achten. Aber der mehrgedachte §. 48. lautet, wie folgt:

„Unter den einzutragenden beständigen Lasten und Abgaben sind jedoch keinesweges zu verstehen: gemeine Lasten und Pflichten, welche nach der Verfassung des Orts, des Kreises oder der Provinz, von allen Grundstücken derselben Art, an den Landesherrn, die Obrigkeit, die Kirche oder Geistlichkeit zu entrichten sind; als Contribution, Lehnscanon, Steuern, Dienste, Servis, Feuer-

Digitized by Google

Societäts-Gelder, Hufen- und Giebelschoß, Decem-, Kirchen-, Pfarr- und Küster-Gebühren und andere nachbarliche Prästationen; da dergleichen Abgaben von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Werthe des Guts schon abgezogen sind; ein Käufer aber, oder wem sonst daran gelegen ist, sich danach besonders zu erkundigen hat."

Der Ausdruck und der Begriff der gemeinen Lasten und Pflichten reicht offenbar weiter und umfaßt mehr, als die beständigen Lasten und Abgaben oder, — wie §. 357. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ord. sie nennt — die beständig fortlaufenden Lasten und Pflichten, obgleich sie unter die gemeinen Lasten und Pflichten subsumirt werden müssen, wenn sie an die genannten Berechtigten nach der Verfassung von allen Grundstücken derselben Art zu entrichten sind. Es können also unter den nicht einzutragenden gemeinen Lasten und Pflichten nicht ausschließlich die beständigen Lasten und Abgaben bloß verstanden werden. Unter die Letzteren, nach deren durch den Appellations-Richter auseinandergesetzten und oben ausgeführten Begriffe, könnten auch nicht einmal alle Arten von Diensten, welche dennoch beispielsweise im Gesetze angeführt sind, gebracht werden. Denn die Leistung mancher, wie namentlich der so wichtigen Klasse der Baudienste, hängt grade von dem Eintritte gewisser Begebenheiten oder Handlungen ab und kehrt in periodischen Zeitabschnitten nicht regelmäßig wieder.

Die Kennzeichen solcher Realverbindlichkeiten, deren Eintragung es nicht bedarf, sind vielmehr in Verbindung mit §§. 47. u. 49. Tit. I. der Hypoth.-Ord. im §. 48. dahin angegeben zu finden:

1. daß dieselben auf der Verfassung des Orts, des Kreises oder der Provinz beruhen müssen, aber nicht auf einen speziellen Titel gegründet sein dürfen;

Digitized by Google

2. daß ferner ihre Oeffentlichkeit durch die Eigenschaft der Berechtigten bedingt werden müsse, indem sie an den Landesherrn, die Obrigkeit, — welche auch zur Zeit der Abfassung der Hypotheken-Ordnung, nach Verfassung und Sprachgebrauch, in Uebereinstimmung mit §. 357. Thl. I. Tit. 50. der Allg. Ger.-Ord., die Gutsherrschaft vorstellte, — die Kirche oder die Geistlichkeit zu entrichten sind;
3. daß sie auf allen Grundstücken derselben Art im Bereiche der Verfassung, aus welcher sie stammen, lasten.

Durch diese Eigenschaften wird der Begriff der gemeinen Lasten und Pflichten bestimmt, solcher Lasten, welche sogleich dergestalt offenkundig sind, daß sie bei der Veräußerung und der Bestimmung des Preises von dem Werthe des Grundstückes ohne Weiteres schon abgerechnet werden, der Verkäufer nach §. 175. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. nur wenn er dieselben in Abrede gestellt oder die Vertretung ausdrücklich übernommen hat, Gewähr zu leisten braucht, der Käufer also, wenn er ohne Kenntniß der Last geblieben, seine Unwissenheit durch eigenes Versehen verschuldet haben muß. Daß übrigens auch

4. das im Gesetze gebrauchte Eigenschaftswort gemein das Ungewöhnliche und das Außerordentliche selbstredend ausschließen müsse, bedarf keiner Ausführung.

Es kann hiernach auch eine Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben, wenn dabei die vorgedachten Merkmale zusammentreffen, unter die nicht einzutragenden gemeinen Lasten und Pflichten möglicher Weise gehören.

Der Appellations-Richter, welcher dies leugnet, wird deshalb von der Nichtigkeits-Beschwerde mit Recht angegriffen. Demohngeachtet aber ist seine Entscheidung in der

Digitized by Google

Sache selbst ganz richtig und mußte mithin aufrecht erhalten werden.

Denn das Recht des Klägers zu der hier eingeklagten Lehnwaare beruht nicht auf der Ortsverfassung, sondern auf dem speziellen Titel der zwischen dem Gutsherrn und der Gemeinde L. geschlossenen Verträge am Freitage nach Michaeli 1541 und v. 17. Juni 1738. Aus dem Vertrage v. J. 1541 erhellt zwar, daß eine Laudemial-Berechtigung früher von der Gemeinde ausgeübt, dergestalt, daß von den Einwohnern nicht mehr als ein Zinsgroschen zur Lehnwaare genommen worden, und daß diese Berechtigung dem Gutsherrn von der Gemeinde abgetreten worden. Welches Fundament diese ehemalige Befugniß der Gemeinde gehabt haben dürfte, darüber ist von dem Kläger gar nichts angeführt. Daß jedoch in den vormals Königlich sächsischen Landestheilen, zu denen L. gehört, überhaupt das Recht auf Laudemien bloß aus besonderer privatrechtlicher Erwerbung herstammen konnte, ist schon in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 18. Januar 1853 (Entscheidungen Bd. 15. S. 16.) nachgewiesen worden. Es findet sich auch insbesondere die Verabredung zwischen dem Gutsherrn und der Gemeinde, daß gerade fünf Procent Lehnwaare von Fremden entrichtet werden sollen und die Gemeinde dagegen keinen Widerspruch und Eintrag machen wolle, erst in dem Vergleiche vom 17. Juni 1738, und, daß diese besondere Laudemial-Berechtigung gegen Fremde noch auf einem andern oder frühere Fundamente beruhe, ist nicht ersichtlich, noch behauptet. In der Urkunde von 1541 kommt zwar der Passus vor:

„was aber auswendige Lehn verfällt, davon soll mir, meinen Erben und Nachkommen gebührlich Lehngeld gegeben werden."

Daß aber die Gemeinde eine solche Berechtigung gegen

Digitized by Google

Fremde ebenfalls damals ausgeübt und abgetreten, erhellt aus dieser Urkunde oder anderwo ebenso wenig, als daß und wie sie der Gutsherr vorher erlangt und ausgeübt haben möchte.

Ferner: die Lehnwaare, welche dem Kläger zugestanden und auf das Grundstück des Verklagten eingetragen ist, besteht in 1 Sgr. 3 Pf. Lehnwaare bei Besitzveränderungen unter Lebendigen und 2 Sgr. 6 Pf. dergleichen bei Sterbe- und Erbfällen für das Rittergut L. Nicht eingetragen ist aber eine Lehnwaare von fünf Procent des Kaufpreises, welche der Kläger für den Fall von dem Grundstücke des Verklagten und jedem Grundstücke zu L. prätendirt, daß ein Fremder dasselbe erwirbt. Diese hohe Lehnwaare bildet also eine Ausnahme von der Regel, und selbst der Fall, wo sie eintreten soll, der Erwerb eines Grundstücks zu L. durch einen Fremden, ist kein gewöhnlicher, sondern kann nur ein seltener sein. Dies sind Umstände, welche nach dem Obigen schon den Begriff einer gemeinen Last ausschließen müssen.

Jeder dieser beiden Gründe genügt aber, um nachzuweisen, daß der Anspruch auf die eingeklagte Lehnwaare eine solche Last dem Grundstücke des Verklagten auflegen will, welche nach den angeführten §§. 47. 48. 49. Tit. I. der Hypoth.-Ord. zur Eintragung in das Hypothekenbuch gehört, daher nach §. 19. der Verordnung wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in dem mit den preußischen Staaten vereinigten Herzogthume Sachsen vom 16. Juni 1820 (Ges.-Samml. S. 101.) innerhalb der Präclusivfrist zur Eintragung auf das Grundstück des Verklagten angemeldet werden mußte und folglich, da diese Anmeldung nicht bewirkt ist, nach §. 26. a. a. O. gegen das Grundstück und den Verklagten als Besitzer desselben welcher es erst nach Ablauf

Digitized by Google

der Präclusivfrist mittelst Vertrages vom 11. December 1844 erworben hat, ganz verloren gegangen ist.

Mit Rücksicht auf Art. 11. der Declaration vom 6. April 1839 ist daher, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

№ 54.

Einfluß der Gemeinheitstheilung auf eine Wegegerechtigkeit.

Eine Wegegerechtigkeit, welche bei der Gemeinheitstheilung von einem Interessenten nicht geltend gemacht und demselben in dem Recesse nicht ausdrücklich vorbehalten worden, ist für erloschen zu erachten.

Verordnung vom 20. Juni 1817 (Ges.-Samml. S. 161.) §§. 170. und 171.

Gesetz vom 7 Juni 1821 (Ges.-Samml. S. 83.) §§. 5. u. 10.

Gemeinheits-Theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 (Ges.-Samml. S. 53.) §§. 2. 141. 142. und 146.

Der Mühlenbesitzer O. zu D. beanspruchte das Recht, einen Fußweg an dem Uferrande des Mühlenbaches zum Ziehen der Fahrzeuge in dem Bache zu benutzen. Die Besitzer der an den Bach grenzenden Grundstücke stellten gegen ihn die Negatorienklage an, und setzten ihm unter Anderem entgegen, daß die streitige Wegegerechtigkeit in dem Recesse über die Gemeinheitstheilung nicht vorbehalten worden sei, sie vielmehr die Grundstücke bei derselben ohne irgend eine Einschränkung überwiesen erhalten hätten.

Die Kläger sind durch zwei gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Stettin und des dortigen Appellations-Gerichts vom 15. Juli und 3. November 1853 mit der

Digitized by Google

Klage zurückgewiesen worden, der zweite Senat des Ober-Tribunals hat aber auf ihre Beschwerde das Appellations-Erkenntniß unterm 18. Juli 1854 vernichtet, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter setzt fest, daß in den Dorfschaften D. und J., zu denen die Wiesen der Kläger gehören, Gemeinheitstheilungen stattgefunden haben und in den betreffenden Recessen von der streitigen Wegegerechtigkeit nirgends etwas erwähnt ist. Er hält dies aber für unerheblich, weil durch die Recesse der Streitpunkt gar nicht betroffen werde, und führt aus, daß hier weder die §§. 170. und 171. der Verordnung vom 20. Juni 1817, noch die Gemeinheitstheilungs-Ordnung zur Anwendung kommen könnten, weil die erstere sich nur auf Regulirungen der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, die letztere dagegen nur auf die Aufhebung der im §. 2. gedachten Gemeinheiten beziehe, und nur zur Ausführung der Gemeinheitstheilungs-Ordnung durch das anderweitige Gesetz vom 7. Juni 1821 den General-Commissionen alle Befugnisse beigelegt worden seien, welche ihnen nach der Verordnung vom 20. Juni 1817 zustehen; daß somit eine richterliche Entscheidung über andere Rechtsverhältnisse auf diese Gesetze nicht gestützt werden könne, und eine einzige Ausnahme im §. 142. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung ausgesprochen sei, die hier nicht vorliege, der Fall nämlich, daß dem Zwecke der Auseinandersetzung noch andere Grundgerechtigkeiten hinderlich seien, die gegen Entschädigung aufgehoben werden müßten. — Es sei deshalb, führt der zweite Richter weiter aus, und da aus dem bezogenen §. 142. gerade hervorgehe, daß die, in das Gemeinheitstheilungs-Verfahren gezogenen Grundgerechtigkeiten nur gegen Entschädigung ablösbar seien, niemals aber durch bloße Nichtanmeldung verloren gingen,

Digitized by Google

ohne Einfluß, daß im §. 43. des Recesses von D. bestimmt worden: von dem Ausführungstermine ab sei jeder Interessent befugt, die ihm zugetheilten Grundstücke frei und unbeschränkt zu benutzen und nicht gehalten, sich irgend eine Einschränkung der Disposition darüber, außer den etwa im Recesse enthaltenen oder durch allgemeine Gesetze bestimmten gefallen zu lassen. Das eingeleitete Verfahren habe nur die Separation der im Gemenge liegenden Aecker- und Wiesen-Grundstücke und die Abfindung der Hütungsberechtigten zum Ziele gehabt, und es könne daher folgerecht jene vertragsmäßige Bestimmung nur auf Beschränkung der Benutzung der Grundstücke und der Verfügung darüber, durch Rechte, die auf das frühere Gemenge und auf die frühere Hütungsberechtigung gestützt werden möchten, bezogen werden. Das Verfahren und der Receß gründeten sich auf die Gemeinheitstheilungs-Ordnung; die Tragkraft der Festsetzungen in dem Recesse könne nicht weiter reichen, als die Tragkraft der Gemeinheitstheilungs-Ordnung selbst. Die Parteien stritten sich um das Nichtdasein oder Dasein einer Grundgerechtigkeit, die außer dem Bereiche der Recesse von D. und J., überhaupt, abgesehen von dem Ausnahmefalle des §. 142. a. a. O., außer dem Bereiche der Gemeinheitstheilungs-Ordnung liege.

Diese Ausführung ist verfehlt. Die Verordnung vom 20. Juni 1817 hat sich ursprünglich, wie deren Eingang besagt, allerdings nur auf das Verfahren bei Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse nach dem Edicte vom 14. September 1811 und dessen Declaration vom 29. Mai 1816 bezogen; allein im §. 10. des Gesetzes über Ausführung der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 ist im Allgemeinen auf die Vorschriften des zweiten Abschnitts jener Verordnung verwiesen, mithin auch auf die

Digitized by Google

Vorschriften in den §§. 170. und 171. derselben, von denen der §. 170. bestimmt:

„Auch wird durch denselben (d. i. den von der General-Commission bestätigten Receß) das Auseinandersetzungs-Verfahren dergestalt abgeschlossen, und es gehört zu den Obliegenheiten des mit der Vollziehung beauftragten Justizbedienten, die Parteien darauf aufmerksam zu machen, daß die zur Sache gezogenen Interessenten nicht nur mit keinen Einwendungen wegen der hierin bestimmten Gegenstände, sondern auch mit keinen Nachforderungen auf Rechte, welche ihnen hinsichtlich dieser Regulirung zuständig gewesen wären und dabei übergangen worden sind, weiter gehört werden können. Demgemäß ist keiner der Interessenten irgend eine Einschränkung seines Eigenthums weiter, als diejenige, welche entweder durch allgemeine Gesetze bestimmt, oder in dem Recesse ausdrücklich vorbehalten sind, zu dulden gehalten. Gleichmäßig verbleiben alle Grundstücke und Pertinenzien, welche nicht anderen überwiesen sind, dem bisherigen Besitzer, bloß mit Ausnahme der vormaligen Grundgerechtigkeiten, welche das Eigenthum der Mitinteressenten belästigen, und demgemäß nach dem oben gedachten Grundsatze außer dem Falle nothwendiger Servitute oder des ausdrücklichen Vorbehalts, erlöschen.

Im §. 171. ist unter Anderen wegen der nach der Auseinandersetzung von den Nachbarn einander zu verstattenden Wege und Triften eine Nachverhandlung innerhalb Jahresfrist nach der Ausführung vorbehalten.

Diese Vorschriften finden mithin auch auf die Gemeinheitstheilungen resp. die darüber von den General-Commissionen bestätigten Recesse, Anwendung; und in Uebereinstimmung damit bestimmt der §. 141. der Gemeinheits-

Digitized by Google

theilungs-Ordnung, daß die auseinandergesetzten Theilnehmer die ihnen angewiesene Entschädigung zur ausschließlichen Benutzung und freien Verfügung erhalten, sowie der §. 146. a. a. O., daß der Gebrauch der beizubehaltenden oder neu einzuführenden unentbehrlichen Dienstbarkeiten, als der Wege, Triften u. s. w. so bestimmt werden müsse, daß er den Zweck der Auseinandersetzung nicht vereitele und so wenig als möglich beschränke.

Nach §. 142. a. a. O. endlich sollen Grundgerechtigkeiten, welche außer der aufzuhebenden gemeinschaftlichen Benutzung dem Zwecke der Auseinandersetzung hinderlich sind, gegen Entschädigung aufgehoben werden.

Hauptzweck der Auseinandersetzung ist die Befreiung des Grundeigenthums von jeder nicht nothwendigen Beschränkung; eine jede solche Beschränkung muß hiernach dabei aufgehoben werden, und jeder Dienstbarkeitsberechtigte muß daher die Nothwendigkeit der Servitut geltend machen oder Entschädigung dafür beanspruchen. Ist er bei der Sache zugezogen und hat er weder das Eine noch das Andere gethan, so erlischt sein Anspruch in Folge des Gesetzes durch den Receß.

Der Appellations-Richter hat hiernach, indem er die §§. 170. 171. der Verordnung vom 20. Juni 1817 auf Gemeinheitstheilungen nicht für anwendbar, und die streitige Wegegerechtigkeit nicht für einen Gegenstand der Separationsrecesse erachtet, die bezogenen gesetzlichen Vorschriften verletzt, wie ihm die Imploranten mit Recht vorwerfen, und sein Urtel muß vernichtet werden.

Digitized by Google

№ 55.

Einfluß der Revision einer Subhastations-Taxe im Laufe des Verfahrens, in Bezug auf die Frage, ob der neu anzusetzende Bietungstermin mit voller Frist anzuberaumen oder als fortgesetzter Subhastations-Termin zu betrachten sei.

Wird im Laufe einer nothwendigen Subhastation eines adeligen Guts die Basis des ursprünglichen Bietungstermins durch die Nothwendigkeit einer Revision der zu Grunde gelegten Taxe, wegen deren Untauglichkeit, verändert, so muß der auf Grund der revidirten Taxe anzusetzende fernere Bietungstermin als neuer Subhastations-Termin mit voller Frist anberaumt werden.

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 348. No. 3.
Gesetz vom 4. März 1834 §§. 8. 9. 14.

Das Rittergut Sch. wurde im Jahre 1849 auf Grund landschaftlicher Taxe, die auf 122,989 Thlr. ausfiel, am 16. Januar 1850 zum Feilgebot im Wege nothwendiger Subhastation gestellt. Dieser Licitationstermin, sowie der vom 29. Juli 1850, hatte keinen Erfolg, weil unter zweidrittel der Taxe geboten worden war und die Anträge des Meistbietenden durch Erkenntniß zurückgewiesen wurden. In dem neuen Termine vom 2. December 1850 wurde gar kein ferneres Gebot abgegeben, der Schuldner, der schon früher Erinnerungen gegen die Taxe erhoben, welche die Landschaft zurückgewiesen hatte, verlangte eine neue Vermessung und Aufhebung des Termins, mehrere Gläubiger widersprachen

Digitized by Google

dem Antrage und verlangten Ansetzung eines neuen Termins. Diesen setzte das subhastirende Gericht, das Kreisgericht zu Wongrowice, nicht an, sistirte vielmehr das Verfahren, indem es die Aufnahme einer neuen resp. Revision der alten Taxe für nothwendig hielt und zwar deswegen, weil die Landschaft erklärt hatte, die Richtigkeit der früheren Taxe nicht vertreten zu wollen, da angeblich die zu Grunde gelegte Vermessung nicht richtig sei. Erst am 21. Mai 1853 ging die in Folge der gestellten Requisition gefertigte revidirte Taxe der Landschaft ein, welche den Werth des Guts auf 98,839 Thlr. 5 Sgr. 1 Pf. feststellte. Der Schuldner erhob hiergegen Beschwerde, welche die Landschaft und das Gericht zurückwiesen. Letzteres nahm nun an, es handle sich nur von einem fortgesetzten Bietungstermine, und beraumte diesen mit zweimonatlicher Frist an. In diesem Termine (15. September 1853) bot M. 82,000 Thlr. Der Schuldner widersprach dem Zuschlage aus mancherlei Gründen, unter anderen auch deshalb, weil der letzte Bietungstermin nicht mit sechsmonatlicher Frist anberaumt worden. Das Kreisgericht ertheilte aber am 18. October 1853 dem M. den Zuschlag für 82,000 Thlr., indem es in seinen Erkenntnißgründen die Einwendungen des Schuldners widerlegte und namentlich darzulegen suchte, daß es sich nur von einem fortgesetzten, nicht von einem neuen Subhastations-Verfahren handele.

Gegen dies Erkenntniß erhob der Schuldner die Nichtigkeitsbeschwerde, welche außer anderen Angriffen hauptsächlich sich dagegen richtete, daß mit Verletzung der gesetzlichen Vorschriften §§. 8. 9. und 14. des Gesetzes vom 4. März 1834 und §. 348. No. 3. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. der Bietungstermin zu kurz anberaumt worden sei. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat auch auf Grund dieses An-

Digitized by Google

gerichts das Erkenntniß des Kreisgerichts am 11. September 1854 vernichtet und die Ansetzung eines neuen Bietungstermins, gemäß §§. 8. und 9. des Gesetzes vom 4. März 1834, mit voller Frist angeordnet, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der adjudicirende Richter hat angenommen, daß der letzte am 15. September 1853 anberaumte Bietungstermin gemäß §. 14. des Gesetzes vom 4. März 1834 mit zweimonatlicher Frist habe angesetzt werden dürfen, und es nicht einer sechsmonatlichen Frist bedurft habe, weil es sich nur von einem fortgesetzten Subhastationstermin handele. Diese Ansicht ist nach Lage der Acten nicht begründet. Man kann die Frage hierbei ganz dahin gestellt sein lassen, ob der §. 14, abgesehen von dem Falle des §. 13. und namentlich dann Platz greift, wenn ein Licitationstermin deshalb keinen Erfolg hat, weil bei einem adeligen Gut unter zweidrittel der Taxe geboten worden; so viel ist unzweifelhaft, daß wenn auch das ursprünglich eingeleitete Subhastationsverfahren noch schwebt, und nicht durch Erkenntniß, Zurücknahme des Antrags oder sonst seine rechtliche Erledigung gefunden hat, doch keineswegs jedenfalls bei Ansetzung des Licitationstermins der §. 14. a. a. O. zur Anwendung kommt. So würde z. B., wenn es an einer Taxe ganz gebricht, oder absolute Nullitäten bei Zuziehung der Interessenten stattgefunden haben, ein völlig neues Verfahren eintreten und daher der weitere Licitationstermin mit voller Frist angesetzt werden müssen. Es ist daher nicht entscheidend, ob das Subhastationsverfahren überhaupt ein ganz neues oder ein fortgesetztes sei, vielmehr muß in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob es sich wirklich nur von einem neuen Bietungstermine handele. Im gegenwärtigen Falle kann ein Zweifel hierüber nicht obwalten. Nachdem bereits

Digitized by Google

zwei Termine fruchtlos abgelaufen waren, weil unter zweidrittel der Taxe geboten worden, stand am 2. December 1850 ein neuer Bietungstermin an, in dem kein Gebot abgegeben wurde. Das subhastirende Gericht hat aber nicht sofort einen neuen Termin angesetzt, sondern die frühere Taxe nicht für tauglich geachtet. Es hat sich nicht darauf beschränkt, die Erinnerungen gegen die Taxe in Erwägung zu ziehen, und darüber eine Untersuchung zu veranlassen, sondern unter Sistirung des ganzen Verfahrens dafür gehalten, daß es einer neuen resp. Revision der alten Taxe bedürfe, weil die Provinziallandschaft die frühere Taxe, welcher eine angeblich unrichtige Vermessung zu Grund gelegt worden, nicht vertreten zu wollen erklärt hatte. Es requirirte die Landschaft hiernächst um Revision der Taxe, und nachdem die Landschaft am 21. Mai 1853 die Taxe auf 98,839 Thlr. 5 Sgr. 1 Pf. festgesetzt, beraumte das Gericht den neuen Bietungstermin auf den 15. September 1853 mit zweimonatlicher Frist an. Es leuchtet hiernach ein, daß dem inzwischen vollkommen sistirten Subhastationsverfahren, dem späteren Bietungstermine und dem Zuschlag eine ganz neue Basis der Abschätzung des Werths, welche rücksichtlich adeliger Güter von unzweifelhaftem Gewicht ist, zu Grund gelegt worden, und daß die Bezeichnung der Taxe als revidirter hierbei den Ausschlag nicht geben kann, daß sonach der Termin vom 15. September 1853 nicht als Fortsetzung des Termins vom 2. December 1850 erscheint, mit dem er in keinem Zusammenhang steht, daß vielmehr die Sache gerade so steht, als sei erst am 21. Mai 1853 die Taxe, welche dem Subhastationsverfahren vorangehen muß, überhaupt gefertigt, und sonach erst an diesem Tage die Basis für das ganze Verfahren, festgestellt worden. Zu geschweigen also, daß selbst nach §§. 55. 56.

Digitized by Google

Tit. 52. der Allg. Ger. Ordn. bei einem nur fortgesetzten Termine die Interessenten über die Frist des neuen Termins zu hören waren, was nicht geschehen, wie denn auch §. 14. der Verordnung vom 4. März 1834 eine solche Vereinigung der Interessenten offen läßt, so ist jedenfalls gewiß, daß es sich nicht von der Ansetzung eines fortgesetzten Bietungstermins handelte. Der Richter hat daher mit Verletzung der §§. 8. und 9. des Gesetzes vom 4. März 1834 den §. 14. unrichtig zur Anwendung gebracht, und es ist gemäß §. 348. No. 3. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. die Vernichtung seines Urtels begründet, ohne daß es auf Erörterung der übrigen Angriffs-Momente des Imploranten ankommt.

Auch kann dem Imploranten das Interesse zur Sache nicht abgesprochen werden, weil dahin steht und stand, ob nicht bei sechsmonatlicher Frist, selbst bei Ermäßigung der ursprünglichen Taxe, sich mehr und bessere Bieter gefunden haben würden, und er ein Recht hat, auf die Beobachtung der gesetzlichen Verkaufsformen zu bestehen. Wie bedauerlich daher auch die Verzögerung der lange schwebenden Subhastation erscheinen mag, so konnte doch in der Hauptsache nicht anders, wie geschehen, befunden werden.

№ 56.

Armenpflege.

Wenn ein Preußischer Einwohner Behufs der beabsichtigten Auswanderung mit der Entlassungs-Urkunde von der Landespolizei-Behörde versehen ist, von derselben aber nicht Gebrauch macht, sondern in

Digitized by Google

seinem Heimathsorte verbleibt und dort demnächst verarmt, so fällt dessen Armenpflege nicht dem Landarmen-Verbande der Provinz zur Last; sie verbleibt vielmehr der Heimathsgemeinde. Präjudiz No. 2552.

Gesetz vom 31. December 1842 (No. 2319.) über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan. §§. 12. 20. (Ges.-Samml. v. J. 1843 S. 15.)

Gesetz von demselben Tage (No. 2318.) über die Verpflichtung zur Armenpflege. §§. 1. No. 3. 4. 9. 12. (Ges.-Samml. v. J. 1843 S. 8.)

Der Tagelöhner M., wohnend auf einem dem Gutsbesitzer H. gehörenden Vorwerk, wollte im Sommer 1851 nach Amerika auswandern, und erhielt auch von der Departements-Regierung die nach §. 16. des Gesetzes über Erwerbung und Verlust der Eigenschaft als Preußischer Unterthan, vom 31. Decbr. 1842, erforderliche Entlassungs-Urkunde. Ungünstige Nachrichten bestimmten ihn jedoch, von derselben nicht Gebrauch zu machen; er verblieb vielmehr in seinem Wohnorte, vernachlässigte aber die ihm obliegenden Dienste und wurde auf Antrag des Gutsherrn aus seiner Wohnung exmittirt. Der Kreis-Landrath veranlaßte den Gutsherrn zur einstweiligen Gewährung eines Obdachs; und als dieser dagegen protestirte, wurde ihm durch das Resolut der Königlichen Regierung zu Cöslin vom 6. Mai 1851 die Fürsorge für die Familie M. insoweit auferlegt, als diese Familie außer Stande sei, sich ihren Lebensunterhalt selbst zu beschaffen oder auch dieser Unterhalt von gesetzlich verpflichteten Verwandten nicht zu erwarten wäre.

Der Gutsherr H. beschritt hiergegen den Weg Rechtens, und zwar gegen den Landarmen-Verband der Provinz.

Digitized by Google

Er behauptete, daß dieser der allein zur Armenpflege Verpflichtete sei, weil M. durch Ertheilung des Auswanderungs-Consenses seine Eigenschaft als Preuße verloren habe und heimathlos geworden sei. — Dem wurde aber vom Verklagten widersprochen, weil mit dem Verlust des Staatsbürgerrechts nicht der Verlust des Heimathsrechts verbunden sei, in Folge des letztern aber dem Kläger die Armenpflege obliege, da M. weder seit drei Jahren das fragliche Vorwerk verlassen, noch ein anderes Domicil constituirt hätte.

Das Kreisgericht zu Cöslin war in seinem Urtel vom 3. October 1853 der Ansicht: daß der Tagelöhner M. durch Aushändigung der Entlassungs-Urkunde nach §. 20. des Gesetzes No. 2319. heimathlos geworden und beim Mangel eines Ortsarmen-Verbandes nach §. 9. des Gesetzes No. 2318. der Provinzial-Armenverband der einzige Verpflichtete sei. Es verurtheilte diesen daher, die Fürsorge für die Familie M., so weit sie ihren Unterhalt sich nicht selbst beschaffen oder von Verwandten erwarten könne, zu übernehmen und dem Kläger das bereits Geleistete zu erstatten.

Der Landarmen-Verband appellirte und führte aus: daß zwischen Staatsbürgerrecht und Heimathsrecht zu distinguiren sei, das eine verloren, das andere aber wohl bewahrt werden könne. Diese Ansicht fand auch den Beifall des Appellations-Gerichts zu Cöslin. Denn wenn auch nach §. 20. des Gesetzes No. 2319. der M. mit dem Zeitpunkte der Aushändigung der Entlassungs-Urkunde die Eigenschaft als Preuße verloren hätte, so seien doch hinsichts des demnächst herausgestellten Bedürfnisses der Armenpflege die Vorschriften §§. 1. 4. des Gesetzes No. 2318. bestehend geblieben. Die Pflicht der Armenpflege sei der Heimathsgemeinde verblieben, weil M. noch nicht seit drei Jahren abwesend sei, vielmehr nach §. 5. des Gesetzes No. 2318.

Digitized by Google

einen Wohnsitz auf dem Vorwerk des Beklagten erlangt und denselben nicht verändert habe. So lange aber ein Ortsarmen-Verband vorhanden, welchem nach §§. 1—7. des Gesetzes No. 2318. die Fürsorge für den Verarmten obliege, trete eine Verpflichtung des Landarmen-Verbandes nach §. 9. gar nicht ein. Sei jemand im Auslande verarmt, und trete innerhalb Landes die Nothwendigkeit seiner Unterstützung hervor, so falle dieselbe nach §. 12. zwar demjenigen Landarmen-Verbande zur Last, über dessen Grenze er in das Inland eingetreten sei und Staatsverträgen zufolge übernommen werden müsse; diese Vorschrift sei aber hier gar nicht anwendbar, wo der Verarmte einen Wohnsitz innerhalb Landes gehabt und ihn gar nicht verlassen habe. Ebenso wenig komme die Vorschrift des §. 12. des Gesetzes No. 2319. hier in Betracht, wonach ein Ausländer nicht als Gemeindemitglied aufgenommen werden könne, bevor er nicht die Eigenschaft als Preußischer Unterthan erworben habe, weil M. gar nicht als Gemeindemitglied aufzunehmen gewesen, sondern nach seinen bisherigen Verhältnissen zu beurtheilen sei. Durch das Urtel zweiter Instanz vom 4. April 1854 wurde demnach der Kläger mit der Klage abgewiesen.

Er erhob dagegen noch die Nichtigkeits-Beschwerde, behauptend: daß die §§. 1—4. des Gesetzes No. 2318. durch unrichtige Auffassung und Anwendung; — die §§. 9. 12. desselben Gesetzes durch Nichtanwendung, und der §. 12. des Gesetzes No. 2319. durch falsche Auffassung und Nichtanwendung verletzt worden. Die Beschwerde ist jedoch vom ersten Senat des Ober-Tribunals durch dessen Urtel vom 13. October 1854 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Die erhobene Nichtigkeits-Beschwerde kann für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Es wird

Digitized by Google

1. behauptet, daß die §§. 1. 4. des Armenpflege-Gesetzes (No. 2318.) vom 31. December 1842 unrichtig aufgefaßt und angewendet seien. Dies ist keinesweges der Fall. Der Tagelöhner M. hatte seinen Wohnsitz im Gute des Klägers. Er ist im Jahre 1851 oder 1852 verarmt. Seitdem ist er gar nicht abwesend gewesen, und die Pflicht des Gutsherrn zur Armenpflege kann daher durch wirkliche Abwesenheit nicht erloschen sein. Ob die Entlassung Behufs der Auswanderung einer Abwesenheit gleich zu achten sei? dies ist eine andere Frage, zu deren Entscheidung die §§. 1. und 4. nichts enthalten. Es wird ferner

2. behauptet, daß die §§. 9. 12. desselben Gesetzes durch Nichtanwendung verletzt seien. Dieses ist jedoch ebenfalls nicht richtig. Nach §. 9. tritt die Pflicht des Landarmen-Verbandes als eine Provinziallast nur dann ein, wenn es an einem verpflichteten örtlichen Armenverbande fehlt; und der §. 9. ist daher mit Recht von der Anwendung ausgeschlossen, wenn in der Person des Imploranten ein örtlicher Armenverband als noch vorhanden angenommen ist. Nun behandelt zwar §. 12 a. a. O. auch den Fall, wenn mehrere Landarmen-Verbände collidiren, und dann soll die Armenpflege demjenigen Landarmen-Verbande zur Last fallen, in dessen Bezirke das Bedürfniß dazu hervortritt. Der §. 12. fährt sodann fort:

> Wenn sich dieses Bedürfniß bei einem im Auslande Verarmten zeigt, welcher nach den bestehenden Staatsverträgen übernommen werden muß, so trägt diese Last der Armenverband desjenigen Landestheils, über dessen Grenze der Verarmte nach der Bestimmung der Verwaltungs-Behörden in das Inland eintritt.

Der Appellations-Richter hat den §. 12 für unanwendbar erklärt, weil M. wirklich einen Wohnsitz innerhalb

Digitized by Google

Landes hatte und eine Einwanderung über die Grenze gar nicht vorgekommen ist; und diese Ansicht ist auch dem Sachverhältniß angemessen. Das Armenpflege-Gesetz hat den Fall, wo jemand ins Ausland gehen will, und dennoch seinen Wohnsitz innerhalb Landes fortsetzt, gar nicht zum Gegenstande gehabt. Die desfallsigen Vorschriften gehörten vielmehr zum Gesetze No. 2319. vom 31. December 1842 über Erwerbung und Verlust der Unterthanenrechte. Zwar behauptet nun Implorant:

3. schließlich, daß auch §. 12. des letzgedachten Gesetzes falsch aufgefaßt und durch Nichtanwendung verletzt worden. Dies ist jedoch ebenso wenig anzuerkennen. Nach §§. 12. 13. ist es den Gemeinden verboten, einen Ausländer als Mitglied aufzunehmen, welcher nicht zuvor die Eigenschaft als preußischer Unterthan erworben hat; und die Eigenschaft als Preuße soll durch bloßen Wohnsitz innerhalb Landes nicht begründet werden können. Die Eigenschaft eines Preußen geht nach §§. 15. 16. ferner verloren, wenn dem Unterthan auf sein Ansuchen von der Landespolizei-Behörde eine Entlassungs-Urkunde ausgefertigt ist, und zwar nach §. 20. mit dem Zeitpunkte ihrer Aushändigung. Dieses Gesetz hat nun eine Lücke insoweit, als es nicht besagt: ob der Verlust der Preußen-Eigenschaft auch den Verlust des Heimathsrechts zur Folge habe? Gleichwenig entscheidet es über den minder gewöhnlichen Fall, wenn der Einwohner mit der Entlassungs-Urkunde versehen ist und dennoch nicht auswandert, sondern in seinem Wohnsitz innerhalb Landes verbleibt und die öffentliche Armenpflege beansprucht?

Der Appellations-Richter betrachtet in Fällen dieser Art den Wohnsitz und die Armenpflege-Verhältnisse für unverändert. Der Implorant hat dagegen ausgeführt, daß

Digitized by Google

M. Ausländer geworden, und durch das Gesetz von der Gemeindereception ausgeschlossen, — daß er in Beziehung auf den Imploranten mithin nur als ein erkrankter Reisender anzusehen und ihm (§. 29. des Armenpflege-Gesetzes) nicht mehr, als temporaire Mittel zur Fortsetzung der Reise, zu gewähren sei. Es muß jedoch auch hier der Ansicht des Appellations-Richters beigetreten werden. Die Gesetze wegen des Heimathsrechts, der Armenpflege und der Naturalisirung oder Entlassung der Staatsangehörigen sind zwar gleichzeitig, aber getrennt von einander, ergangen. Nach dem Armenpflege-Gesetz sind die Verhältnisse zwischen Einwohner und Armenverband, — nach dem Naturalisations-Gesetze die rechtlichen Verhältnisse zwischen Einwohner und Staat zu beurtheilen. Es verschwindet hiernach die Anomalie, welche darin zu liegen scheint, daß jemand die Eigenschaft als Preuße verloren hat und dennoch die Heimath an einem gewissen Orte behält. Man hat nur zwischen den Subjecten zu unterscheiden. Durch die Entlassungs-Urkunde geht — dem Staat gegenüber — die Preußen-Eigenschaft verloren. Um sie wieder zu erlangen, würde es eines besonderen Actes der Staatsbehörden bedürfen. Was aber zwischen Einwohner und Staat sich ereignet, geht die Heimathsbehörde oder den Ortsarmen-Verband gar nichts an. Es ist in Beziehung auf ihn als gar nicht vorgekommen zu betrachten, weil er insoweit ein Dritter, und bei dem Entlassungsact seine Zuziehung nicht nothwendig gewesen, in der Wirklichkeit auch nicht erfolgt ist. Aus diesem Geschäft kann der Implorant also auch keine Vortheile, und gleich wenig eine Erleichterung oder Abnahme der ihm im §. 1. des Armenpflege-Gesetzes auferlegten Lasten ableiten. Eben diese selbstständige ihm vom Gesetz auferlegte Armenpflege ist daher auch eben so fortdauernd, als ob der Tagelöhner

Digitized by Google

M. nie eine Entlassung aus dem Staatsverbande nachgesucht hätte. Denn es genügt, daß M. bisher im Gute des Imploranten gewohnt hat, daß er dort verarmt und gar keine Veränderung seines Wohnsitzes in Beziehung auf den Imploranten eingetreten ist. Auch das Naturalisations-Gesetz ist demnach seinem Zwecke und seinem Geiste entsprechend richtig erwogen worden, und demnach die Nichtigkeits-Beschwerde in ihrem ganzen Umfange zurückzuweisen.

№ 57.

Begriff der Observanz beim Transport der Waldstreu.

Unter der Observanz, nach welcher laut §. 4. Litt. d. der vorläufigen Verordnung vom 5. März 1843 die Transportmittel bei der Waldstreu-Berechtigung bestimmt werden sollen, ist die bisherige Art und Weise der Ausübung zu verstehen. Präj. 2547.

Vorläufige Verordnung über die Ausübung der Waldstreu-Berechtigung vom 5. März 1843 (Ges.-Samml. S. 105.)

Die Grundbesitzer zu S., zu denen auch die Kläger gehören, hatten in einem durch das Urtel des Ober-Tribunals vom 7. October 1850 entschiedenen Processe gegen den Königlichen Fiskus das Recht erstritten, aus der Königlichen S.er Forst Streu für ihr Vieh zu holen. Die Kläger haben nun behauptet, daß stets, seit Menschengedenken und länger als rechtsverjährter Zeit, die Kläger und ihre Vorbesitzer, so wie alle Gespann und Wagen haltenden Einwohner zu S., sich als Transportmittel bei der Streuleſe

Digitized by Google

des Wagens bedient haben, daß daher dieses Transportmittel auf Observanz beruhe. Gestützt auf das vorhin gedachte Judicat, auf Zeugen und auf §. 4. littr. d. und §. 5. der vorläufigen Verordnung vom 5. März 1843, haben daher die Kläger beantragt: sie für wohlberechtigt zu erachten, sich zum Transport der Streu aus der S.er Forst eines Wagens zu bedienen.

Der verklagte Fiskus hat die Behauptungen der Kläger bestritten und ihre Abweisung verlangt. Nach erfolgter Beweisaufnahme hat das Stadt- und Kreisgericht zu Magdeburg im Urtel vom 12. März 1853 nach dem Antrage der Kläger erkannt. Dasselbe ist ungeachtet der Appellation des Verklagten vom Civil-Senate des Appellations-Gerichts zu Magdeburg im Erkenntnisse vom 22. October 1853 bestätigt, und die dagegen vom Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde im Erkenntnisse des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 14. September 1854 zurückgewiesen. Es lauten die hier interessirenden

Gründe.

Die Waldstreu-Berechtigung der Kläger ist durch das Judicat vom 7. October 1850 festgestellt und unangefochten ist durch den Appellations-Richter angenommen, daß sich die Kläger und deren Vorbesitzer, so wie die übrigen Gespann haltenden Einwohner von S. öffentlich und ungestört innerhalb des von den Zeugen bekundeten Zeitraums, welcher beziehungsweise von 1786, 1795 und 1805 anfängt, der Wagen als Transportmittel für die Waldstreu bedient, und, daß durch die Umstände dargethan werde, daß diese Art der Ausübung als ein Recht erfolgt sei. Hiernach hat der Appellations-Richter erachtet, daß eine solche Observanz, welche littr. d. §. 4. der vorläufigen Verordnung vom 5. März 1843 erfordert wird, hier nachgewiesen und selbst

Digitized by Google

für die Zeit vor 1836, — wo, nach der Angabe des Imploranten, die Störungen schon angefangen haben sollen — dargethan und bereits vollständig ausgebildet gewesen sei. Der §. 4. a. a. O. lautet:

„Die Berechtigung darf auch nur

d) mit den in den Zetteln bezeichneten, nach der bisherigen Observanz zu bestimmenden Transportmitteln — ausgeübt werden."

Nach der Ansicht des Imploranten soll der Appellations-Richter gegen Wesen, Begriff und Erfordernisse einer Observanz verstoßen haben, wenn er eine solche im vorliegenden Falle für dargethan achtet. Aber bekanntlich erkennt die preußische Gesetzgebung zuvörderst diejenigen Distinctionen nicht an, welche von Rechtslehrern in der Bedeutung der Worte: Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen, Gewohnheit, Landesgebrauch und andern gefunden werden. So ist auch im §. 4. a. a. O. bei und nach der Bestimmung sub c. Observanz und Herkommen ganz gleichbedeutend gebraucht. Da aber auch nach §. 2. Umfang und Art der Ausübung, also auch die Transportmittel — weshalb §. 5. ausdrücklich das ordentliche Rechtsverfahren zuläßt — durch besondere Rechtstitel, namentlich auch durch Verjährung bestimmt sein können, ferner, da die Verordnung vom 5. März 1843 auch nicht bloß für die Fälle gegeben ist, wo die Waldstreu-Berechtigung ganzen Gemeinden, oder allen Einwohnern eines Orts oder Distrikts zusteht, sondern auf jeden Fall der Existenz einer Waldstreuberechtigung geht, — so kann hier unter Observanz nicht bloß das, auf stillschweigender Uebereinkunft in einer Corporation beruhende, autonomische Recht gemeint sein. Vielmehr heißt hier augenscheinlich Observanz nichts anderes, als die bisherige Art und Weise der Ausübung, und, wenn der Appellations-Richter durch den

Digitized by Google

aufgenommenen Beweis für festgestellt angesehen hat, daß bis zu dem Zeitpunkte, wo die Berechtigung geständlich ungestört ausgeübt worden, die Kläger und ihre Vorbesitzer, sowie alle Gespannhaltenden, sich der Wagen als Transportmittel bedient haben, und also im Sinne des Gesetzes letztere auf Observanz beruhen, so hat er weder gegen das Wesen, noch den Begriff, noch die Erfordernisse der Observanz verstoßen. Deshalb ist auch die Beschuldigung der unrichtigen Anwendung des §. 4. littr. d. der Verordnung vom 31. März 1843 unbegründet. Auch die Auslegung, welche der Implorant dem Eigenschaftsworte „bisherig" bei der Observanz gegeben haben will, kann nicht im behaupteten Umfange zugegeben und muß im vorliegenden Falle unpassend geachtet werden, da actenmäßig der Implorant den Imploraten jedes Recht auf Waldstreu bestritten, die Waldstreuberechtigten schon seit 1836 gestört und deshalb der Vorproceß stattgefunden hat, also auf den factischen Zustand zur Zeit der Publication der Verordnung, oder in der nächsten Zeit vorher, ein Werth nicht gelegt, und daraus ein Grund zur Annahme einer entsprechenden Observanz nicht entnommen werden könnte.

№ 58.

Aufhebung vertragsmäßiger Gewerbebeschränkungen.

Die §§. 1. 2. u. 3. der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 sind auch dann anzuwenden, wenn die darin erwähnten Berechtigungen vertragsmäßig constituirt worden. Präjudiz No. 2543.

A. G. O. v. 17. Januar 1845 §§. 1—3. (Ges.-Samml. S. 41.)

Digitized by Google

Der Eigenthümer des in der Nieder-Lausitz belegenen Rittergutes R. schloß am 17. Januar 1791 mit dem C. F. einen Vertrag, in dessen Eingange es heißt:

Es verkaufet nehmlich wohlermeldeter v. S. vor sich, seine Erben und Erbnehmer an C. F. die ihm, Herrn Verkäufer, zu erbauen zuständige Gerechtigkeit, der bei R. ehedem gelegenen aber eingegangenen Wassermühle, nunmehro auf seine, Käufers, eigene Kosten bei der Muske an der Brücke aufzuerbauen, dergestallt, daß ihm solche sodann unter nachgesetzten Bedingungen und specificirten Freiheiten und Abgaben erb- und eigenthümlich zugehörig sein soll.

Der §. 2. des Contracts lautet:

Darf Käufer von Johannis bis Michaelis jeden Jahres nicht mahlen, sondern muß zu dieser gesetzten Zeit das Wasser durch die Freiarche ungehindert laufen lassen.

Der jetzige Eigenthümer des Ritterguts R. hat den Besitznachfolgern des C. F., den Müller H.schen Eheleuten, das Mahlen in der im §. 2. des Contracts gedachten Zeit untersagt, und da sie sich dem Verbote nicht gefügt haben, im Proceßwege beantragt:

dieselben zu verurtheilen bei Vermeidung einer Strafe von 10 Thlrn. für jeden Contraventionsfall in der Zeit von Johannis bis Michaelis jeden Jahres das Mahlen auf ihrer Mühle zu unterlassen, vielmehr das Mühlwasser durch die Freiarche ungehindert laufen zu lassen.

Verklagte wendeten principaliter ein, daß die im §. 2. des Contracts vom 17. Januar 1791 enthaltene Bestimmung aus einer Zeit originire, wo nach der Verfassung der Nieder-Lausitz den Besitzern der in diesem Landestheile belegenen Rittergüter das sogenannte Mühlenregal, d. h. das Recht zugestanden habe, die Berechtigung zur Anlegung von Mühlen

Digitized by Google

zu verleihen, dies Recht aber, welches Gegenstand des Vertrages gewesen, durch die Allg. Gewerbe-Ordn. vom 17. Januar 1845 aufgehoben sei und somit auch die im §. 2. des Vertrages enthaltene Stipulation als Ausfluß dieses Rechts. Durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Luckau vom 6. Mai 1853 und des Appellations-Gerichts zu Frankfurt a. O. vom 22. November 1853 wurden jedoch Verklagte unter Verwerfung ihres Principal-Einwandes, im Wesentlichen nach dem Klageantrage verurtheilt.

In der von ihnen gegen das Appellations-Erkenntniß erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde haben sie dem Appellations-Richter vorgeworfen, die rechtliche Natur und den wesentlichen Charakter des in Mitte liegenden Geschäfts verkannt, imgleichen die §§. 1. und 4. der Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, den §. 14. Thl. I. Tit. 4, sowie den §. 31. Thl. I. Tit. 19. A. L. R. verletzt zu haben. Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat am 7. September 1854 zwar die Nichtigkeitsbeschwerde begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch das Appellationsurtel seinem ganzen Inhalte nach aufrecht erhalten. Es lauten die einschlagenden

Gründe.

Der Appellations-Richter sagt:

Zunächst erscheint der Principal-Einwand des Verklagten, daß weil die Befugniß zur Einschränkung der Gewerbe durch die Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 aufgehoben worden, auch die dem Anspruche des Klägers zum Grunde liegende Bestimmung des §. 2. des Vertrages vom $\frac{\text{17. Januar 1791}}{\text{28. Juni 1792}}$ gegenwärtig nicht mehr rechtsgültig sei, nicht als gerechtfertigt. Denn nach §. 1. jenes Gesetzes ist nur das in einzelnen Landestheilen mit

Digitized by Google

Gewerbeberechtigungen nach verbundene Recht, Andern den Betrieb eines Gewerbes zu untersagen oder sie darin zu beschränken, aufgehoben. Dagegen sind vertragsmäßig erworbene Rechte durch dies Gesetz gar nicht berührt."

Der Appellations-Richter widerlegt sonach nicht die dem Principal-Einwande des Verklagten zum Grunde liegende Voraussetzung, daß der §. 2. des allegirten Kaufvertrages das Princip der Gewerbefreiheit verletze, und man muß nach der Fassung seines Entscheidungsgrundes annehmen, daß er die streitige Befugniß als aufgehoben erachtet haben würde, wenn er sie nicht als eine vertragsmäßig constituirte Gewerbebeschränkung angesehen hätte.

Hierdurch verletzt er aber die von Imploranten allegirten gesetzlichen Vorschriften durch Nichtanwendung auf den von ihm vorausgesetzten Fall. Denn der §. 1. der allegirten Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 gedenkt nur des Rechts selbst, nicht des Rechtsgrundes, des Titels des Rechts. Desgleichen heben die §§ 2. und 3. dieses Gesetzes ganz allgemein alle Berechtigungen, Concessionen zu gewerblichen Anlagen, oder zum Betriebe von Gewerben zu ertheilen, so wie alle Abgaben auf, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, und die Berechtigungen, dergleichen Abgaben aufzuerlegen. Der Gesetzgeber unterscheidet sonach nicht zwischen vertragsmäßig constituirten und anderweitig entstandenen Rechten. Dagegen enthält der §. 4. des Gesetzes eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung zu Gunsten der vertragsmäßig constituirten Rechte, jedoch nur in Betreff der Zwangs- und Bannrechte, und diese Ausnahmebestimmung zeigt daher um so mehr, daß der §. 1. des Gesetzes in seiner Anwendung nicht der vom Appellations-Richter erfolgten Beschränkung unterworfen werden darf.

Digitized by Google

Hiernach ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet gefunden worden. In der Sache selbst — heißt es weiter in den Entscheidungsgründen — ist das gedachte Erkenntniß jedoch seinem ganzen Inhalte nach aufrecht zu halten gewesen. Denn der §. 2. des Vertrages vom $\frac{17. \text{ Januar } 1791}{28. \text{ Juni } 1792}$ kann allerdings den Bestimmungen der Allg. Gewerbe-Ordn. vom 17. Januar 1845 nicht subsummirt werden, aber nicht deshalb, weil eine vertragsmäßig constituirte Gewerbebeschränkung vorliegt, sondern weil der Vertrag gar nicht eine Beschränkung des Gewerbetriebes des Verklagten im Sinne der gedachten Gewerbe-Ordnung enthält. Der Vertrag ist ein Verkaufsvertrag, wodurch dem Vorbesitzer der Verklagten Realitäten mit dem Rechte zum Wiederaufbau einer eingegangenen Wassermühle verkauft worden. Der §. 2. überläßt dem Käufer die Wasserkraft nur auf neun Monate. Für die drei Monate von Johannis bis Michaelis reservirt sich der Verkäufer diese Wasserkraft. Dies ist der den Worten entsprechende Sinn des Vertrages. Der Vorbesitzer der Verklagten, welcher nur innerhalb dieser contractlichen Grenzen das Eigenthum des erkauften Fundi acquirirt hat, konnte daher den Verklagten nicht mehrere Rechte übertragen als er selbst besessen. — §. 101. der Einleitung zum Allg. Landrecht.

№ 59.

Gerichtsstand des Postfiskus.

Klagen aus Verträgen der Postverwaltung, deren Abschluß ressortmäßig dem Geschäftskreise des General-

Digitized by Google

Postamts vorbehalten worden, und die von dem letzteren auch wirklich abgeschlossen sind, dürfen nur gegen das General-Postamt, keinesweges aber gegen einzelne Ober-Postdirectionen gerichtet, und also auch nicht bei deren Ortsgerichten angestellt werden, sind vielmehr bei dem Königlichen Stadtgerichte zu Berlin anzubringen. Präjudiz No. 2549.

Verordnung v. 2. Jan. 1849 §. 9. (Ges.-Samml. 1849 S. 3.) Gesetz vom 26. April 1851 (Ges.-Samml. S. 181.)

Das Verhältniß der Königlichen Postverwaltung zu der Thüringischen Eisenbahngesellschaft in Betreff der von der letzteren beförderten Poststücke ist bei der Einrichtung sogenannter ambulanter Post-Bureaux durch den zwischen dem Post-Inspector P. in Vertretung der Königlichen Postverwaltung und mit Vorbehalt der Genehmigung des Königlichen Ministerii für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten, und der Direction der genannten Gesellschaft am 9. März 1850 zu Erfurt abgeschlossene und unterm 9. Mai desselben Jahres von dem Handels-Minister genehmigten und bestätigten Vertrag geregelt worden. Im §. 3. desselben verpflichtet sich die Eisenbahn-Gesellschaft die Postgüter unentgeltlich jedoch nur insoweit zu befördern, als dieselben nach dem jedesmal geltenden Gesetze postzwangspflichtig sind; und der §. 4. sichert ihr für die im Postwagen beförderten, nicht postzwangspflichtigen Güter eine Vergütigung nach ihren niedrigsten Eilfrachtsätzen zu. Gestützt hierauf und in Betracht, daß das Gesetz über das Postwesen vom 5. Juni 1852 §. 5. No. 4. — Ges.-Samml. S. 346. — den Postzwang, dem bis dahin alle Päckereien von 40 Pfund und darunter unterlagen (Erneuerte und erweiterte allgemeine

Digitized by Google

Post-Ordnung vom 26. November 1782. Abschnitt 16. §. 7. — Rabe, Samml. preuß. Gesetze Bd. I. Abthl. 7. S. 288. — A. L. R. Thl. II. Tit. 15. §. 143.) auf Packete bis zum Gewichte von 20 Pfund einschließlich beschränkt, hat die Direction der Thüringischen Eisenbahn-Gesellschaft in einer gegen den Postfiskus, vertreten durch die Königliche Ober-Postdirection zu Erfurt, gerichteten, bei dem Kreisgerichte zu Erfurt angestellten Klage ein Erkenntniß dahin beantragt:

daß sie nicht schuldig, Poststücke über 20 bis 40 Pfund einschließlich in ihren Wagenräumen, resp. in dem Postwagen unentgeltlich zu befördern, daß vielmehr der Verklagte schuldig, für alle Postgüter von diesem Gewichte, welche seit der Rechtskraft des Gesetzes vom 5. Juni 1852 von ihr befördert worden, an sie die nach ihren niedrigsten Eilfrachtsätzen zu berechnende, in separato zu ermittelnde Vergütigung zu gewähren.

Der Postfiskus verweigerte nicht bloß eine solche Vergütigung auf Grund des §. 9. des Gesetzes vom 5. Juni 1852, sondern erhob zugleich den Präjudicial-Einwand der Incompetenz, da der Vertrag vom 9. März 1850 nicht von der Königlichen Ober-Postdirection zu Erfurt, sondern von dem Postinspector P. im speciellen Auftrage des Ministers für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten abgeschlossen sei, und seinem Gegenstande nach auch gar nicht zum Ressort der Königlichen Ober-Post-Direction gehöre, vielmehr dem Geschäftskreise des Königlichen General-Postamts vorbehalten wäre; überdies aber erstrecke sich die Thüringsche Eisenbahn über den Bezirk der Ober-Post-Direction zu Erfurt hinaus und berühre zugleich, und zwar auf noch längerer Strecke, den Bezirk der Ober-Post-Direction zu Halle.

Das Kreisgericht zu Erfurt hat den erhobenen Ein-

Digitized by Google

wand der Incompetenz verworfen, während das Appellations-Gericht zu Naumburg in seinem abändernden Urtel vom 18. Januar 1854 denselben für begründet erachtet. Die Klägerin hat zwar noch die Revision eingelegt, der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch in seiner Sitzung vom 4. October 1854 die Bestätigung des Appellations-Erkenntnisses beschlossen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Die für jetzt allein erst zur Entscheidung vorliegende Frage:

ob das Kreisgericht zu Erfurt competent ist, den entstandenen Rechtsstreit zu verhandeln und darüber zu erkennen?

kann weder aus dem §. 12. Tit. 35. der Prozeß-Ordnung:

Das Justizcollegium muß, wenn eine Klage gegen den Fiskus aufgenommen worden ist, indem es die Vorladung an das, eigentlich Beklagtens Stelle vertretende Amt, die Kasse, oder sonstige fiskalische Station erläßt, der Vorschrift Tit. VII. §. 28. gemäß, zu gleicher Zeit der Kammer oder sonstigen vorgesetzten Behörde davon Nachricht geben.

noch aus dem erläuternden § 240. des Anhanges zur Allgemeinen Gerichts-Ordnung:

Von den gegen den Postfiskus eingehenden Klagen muß nicht der Regierung der Provinz, sondern dem General-Postamte unmittelbar Nachricht gegeben werden.

beantwortet werden. Beide Gesetzstellen bestimmen über den Gerichtsstand des Postfiskus, und namentlich darüber: gegen welche einzelne postfiskalische Stationen Klagen, wie die vorliegende, zu richten, und bei welcher Gerichtsbehörde sie anzubringen, ausdrücklich nichts; setzen dies vielmehr, als bereits unstreitig und zweifellos voraus, und schreiben nur

Digitized by Google

dem Prozeßrichter vor, wie er alsdann weiter zu verfahren. Damit zerfällt dann auch der Grund, auf den der erste Richter seine Entscheidung gebaut hat; maaßgebend sind hier vielmehr nur, wie auch das Appellations-Urtel angenommen, die neueren Bestimmungen der Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 9:

Der privilegirte Gerichtsstand des Fiskus, soweit er bisher noch stattgefunden hat, wird allgemein aufgehoben,

und des dazu gehörigen Zusatz-Artikels II. v. 26. April 1851:

Der Fiskus hat seinen persönlichen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Behörde ihren Sitz hat, welche befugt ist, den Rechtsstreit im Namen des Fiskus zu führen.

Diese letztere Bestimmung macht es nothwendig, näher auf die das Ressortverhältniß im Postwesen betreffenden Vorschriften zurückzugehen. Die Abtheilung für das Postwesen, der der Generalpostmeister als Chef vorgesetzt war, bildete früher eine besondere Section im Ministerium des Innern,

Verordnung über die veränderte Verfassung aller obersten Staats-Behörden in der preußischen Monarchie vom 27. October 1810 (Ges.-Samml. 1810 S. 14.),

und diese Selbstständigkeit des General-Postmeisters erkannte auch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 3. Juni 1814 wegen Ernennung des Ministerii (Ges.-Samml. S. 42.) an. Im Jahre 1848 ging das Post-Departement dagegen auf das damals neugebildete Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten über. (Allerh. Erlaß vom 17. April 1848 I. 4. Ges.-Samml. S. 109.)

Behufs einer zeitgemäßen Umgestaltung der Verwaltung des Postwesens ordnete der fernere Allerhöchste Erlaß vom 19. September 1849 für jeden Regierungs-

Digitized by Google

Bezirk, so wie für die Residenzstadt Berlin, die Einrichtung von Ober-Post-Directionen an (Ges.-Samml. 1850 S. 299.); und am Schlusse desselben heißt es:

Der Minister für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten hat diese Bestimmungen in Ausführung zu bringen und die dazu erforderlichen Anordnungen zu treffen.

In Folge dessen erging unterm 12. December 1849 eine sehr umfassende Dienst-Instruction für die Ober-Post-Directionen, welche im Abschnitt I. von der Verwaltung des Postwesens im Allgemeinen handelt, und, nachdem in den §§. 1. bis 3. vorangeschickt wird:

Das preußische Postwesen ressortirt von dem Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten, und wird von einer besonderen Abtheilung desselben — dem General-Postamte — geleitet.

Die spezielle Verwaltung des Postdienstes erfolgt durch die Ober-Post-Directionen.

Einer jeden Ober-Post-Direction sind sämmtliche in ihrem Bezirke befindlichen Postanstalten untergeordnet:

im §. 4. bestimmt:

Dem Geschäftskreise des General-Postamts ist vorbehalten:

11. die Betheiligung bei Feststellung der Eisenbahn-Fahrpläne und die Bestimmung über Benutzung der Bahnzüge zu Posttransporten.
12. die Verhandlung mit den Eisenbahn-Gesellschaften über Leistungen, Vergütungen, Abrechnungs-Modus u. s. w. und der Abschluß aller Verträge mit den Eisenbahn-Gesellschaften.

Ein Vertrag der letzteren Art liegt gerade hier vor und bildet das Fundament des klägerischen Anspruchs. Der Vertrag vom 9. März 1850 ist keineswegs von der König-

Digitized by Google

lichen Ober-Post-Direction zu Erfurt abgeschlossen worden, und konnte nach der vorgedachten Ressortbestimmung des §. 4. von derselben auch gar nicht mit rechtlicher Wirksamkeit geschlossen werden.

Der Umstand, daß der gedachte Vertrag von Erfurt datirt ist, erklärt sich einfach daraus, daß die Mitcontrahentin, die thüringische Eisenbahn-Gesellschaft, in Erfurt ihr Domicil hat (vergl. Statut §. 5. Gesetz-Samml. 1844 S. 421.), und sich der Post-Inspector P. damals dort aufgehalten hat. Dieser Letztere hat jenen Vertrag in Vertretung der Königl. Postverwaltung im Allgemeinen, auf Grund des speziellen Auftrages des Ministers für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten vom 14. März 1849, so wie mit Vorbehalt der Genehmigung desselben abgeschlossen, und der Vertrag ist demnach unterm 9. Mai 1850 dann auch von dem gewannten Minister genehmigt und bestätigt. Als Vertrag mit einer Eisenbahn-Gesellschaft war dessen Abschluß dem Geschäftskreise des General-Postamts vorbehalten. Nur das Letztere, das seinen Sitz in Berlin hat, nicht aber die Ober-Post-Direction zu Erfurt, ist daher befugt, den gegenwärtigen Rechtsstreit im Namen des Fiskus zu führen, und daraus folgt weiter, daß der vorliegende Prozeß auch nicht bei dem Kreisgerichte zu Erfurt verhandelt und entschieden werden konnte. Klagen aus Verträgen der Postverwaltung, deren Abschluß ressortmäßig dem Geschäftskreise des General-Postamts vorbehalten worden, und die wirklich auch von dem Letzteren abgeschlossen sind, dürfen nur gegen das General-Postamt, keinesweges aber gegen einzelne Ober-Post-Directionen gerichtet, und also auch nicht bei deren Ortsgerichten verhandelt und entschieden werden. Der von der verklagten Direction erhobene Einwand der Incompetenz erscheint somit allerdings begründet, und war

Digitized by Google

daher das Appellations-Urtel auf Kosten der Revidentin lediglich zu bestätigen. Es kommt hiernach nicht weiter darauf an, ob das hier zu fällende Judicat auch der Ober-Post-Direction zu Halle, deren Bezirk die Thüringische Eisenbahn ebenfalls berührt, präjudiciren würde oder nicht. Die am 5. März 1851 entschiedene, in dem Archiv für Rechtsfälle Bd. I. S. 289 ff. veröffentlichte Streitsache betraf den Ersatz für einen in Liegnitz zur Post gegebenen, demnächst aber verlorenen Geldbrief, und wenn dort in den Entscheidungs-Gründen gesagt ist:

> Das Postamt in Liegnitz war sonach die richtige Behörde, welcher die Klage zuzufertigen war, und das Kreisgericht zu Liegnitz das competente Forum, bei welchem die Sache verhandelt werden mußte, und, alldort anhängig gemacht, zum Austrag zu bringen ist,

so steht die desfallsige Entscheidung der jetzigen Ausführung keineswegs entgegen. Allerdings kam es auch damals auf Beseitigung und Widerlegung, des von dem verklagten Postamte erhobenen Einwandes: daß das General-Postamt der gesetzliche Vertreter des Postfiskus sei, daß deshalb die Klage bei dem Stadtgerichte zu Berlin hätte angebracht werden müssen, und daß daher das Kreisgericht zu Liegnitz als incompetent erscheine, an; jener, gegen das annehmende Postamt angestrengte Regreß-Prozeß unterschied sich jedoch in seinen thatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von der gegenwärtigen, von dem einen Paciscenten angestellten, auf Erfüllung eines in der That mit dem General-Postamte abgeschlossenen Vertrags gerichteten Contractsklage.

Die Berufung der Revidentin auf das Präjudicat vom 5. März 1851 erscheint somit nicht zutreffend.

Digitized by Google

№ 60.

1. Ausführung der Aufhebung der Gutsherrlichkeit.
2. Erlöschen der gutsherrlichen Remissionspflicht bei Brandschäden in der Niederlausitz.

---

1. Die Ausführung der Aufhebung der gutsherrlichen Polizei ist durch das Gesetz über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850 (Ges.-Samml. S. 265.) erfolgt und durch das Gesetz vom 24. Mai 1853, betreffend die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung u. s. w. (Ges.-Samml. S. 238.) nicht beseitigt.
2. Die aus den Landesordnungen vom 2. December 1651 und vom 28. Januar 1669 in der Nieder-Lausitz herstammende Verpflichtung der Gutsherrschaften zum zeitweisen Erlasse der Abgaben und Dienste der Unterthanen, wenn ihre Höfe ganz oder zum Theil abgebrannt sind, ist mit der Aufhebung der Gutsherrlichkeit erloschen. Präjudiz No. 2553.

   Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 Art. 42. No. 1. (Gesetz-Samml. S. 17.)

   Nieder-Lausitzsche revidirte Landes-Ordnung vom 28. Januar 1669 Tit. 2. §§. 16. und 17.

Am 8. Mai 1810 ist ein Dienstablösungsrecess zwischen der Johanniter-Ordens Ballei Brandenburg und den bäuerlichen Wirthen des ihr gehörigen, im Ordens-Amte Friedland gelegenen Dorfs L. geschlossen, und von der König-

Digitized by Google

lichen sächsischen Ober-Amts-Regierung zu Lübben am 9. März 1815 bestätigt. Im §. 2. des Recesses ist jeglicher Remissionsforderung in Ansehung des Dienstgeldes entsagt. Indessen heißt es in der herrenmeisterlichen capitularischen Confirmation des Recesses d. d. Sonnenburg 8. Juni 1810:

Dabei ertheilen Wir ihnen auf ihr nachträglich angebrachtes Gesuch die Zusicherung, daß ihnen

a) auch in Hinsicht des neuen, im gegenwärtigen Contracte stipulirten Dienstgeldes, bei einem sie durch Seuchen, Feuer oder Hagelschlag betreffenden erheblichen Verluste an ihrem Viehstande oder ihren Feldfrüchten und Wohn- und Wirthschaftsgebäuden, eine billigmäßige Remission von dem Amte angedeihen solle. —

Am 5. August 1850 sind den Mitklägern B. und P. Scheune nebst Stall, den andern 6 Mitklägern aber alle ihre Hofesgebäude abgebrannt. Nach dem Zugeständnisse des Verklagten ist, so lange im Amte Friedland das gutsherrlich bäuerliche Verhältniß bestanden hat, den bäuerlichen Einsassen für totalen Brandschaden ein dreijähriger und für Brandschaden an Scheune und Stall ein zweijähriger Erlaß der auf ihren Bauergütern haftenden Reallasten gewährt worden. Die Kläger haben sich nun auf die Behauptung gestützt, daß es auf einer uralten Observanz beruhe, ja selbst auf einer Observanz, welche länger als 30 Jahre nach Aufhebung der Erbunterthänigkeit gedauert habe, daß der verklagte Fiskus, welcher an die Stelle des Ordens getreten ist, als Dominialabgaben-Berechtigter die Verpflichtung habe, denen, welche einen totalen Brandschaden erlitten, auf einen dreijährigen Zeitraum, und denen, welche nur zweidrittel ihrer Wohn- und Wirthschaftsgebäude verloren, auf einen zweijährigen Zeitraum die Abgaben zu erlassen. Da aber der

Digitized by Google

Verklagte sich dessen im vorliegenden Falle weigert, so haben sie beantragt, den Verklagten zu verurtheilen, ihnen beziehungsweise einen dreijährigen und einen zweijährigen Erlaß ihrer gesammten Domainenabgaben zu bewilligen.

Der Verklagte hat die Abweisung der Klage verlangt und die Ansprüche der Kläger in Abrede gestellt, den von den Klägern angegebenen Klagegrund der Observanz gänzlich bestritten und eingewandt, daß die Remissionspflicht lediglich auf der Gutsherrlichkeit und obrigkeitlichen Gewalt der Gutsherrschaft über ihre Hintersassen beruht habe, selbige aber durch Art. 42. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 aufgehoben sei. Diesen Einwand haben die Kläger durch §§. 2. 3. und 82. des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 zu widerlegen versucht und beide Theile haben sich auf ein Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 28. September 1827 in Sachen der Halbbauer Gottfried Schulze und Genossen zu Möbiskrug wider die General-Administration der Herrschaft Neuzelle berufen. In den Entscheidungsgründen wird nämlich angenommen:

Nach der Nieder-Lausitzschen revidirten Landes-Ordnung vom 28. Januar 1669 Tit. 2. §§. 16. und 17. ist es keinem Bedenken unterworfen, daß die Unterthanen bei erlittenen Brandschäden einen dreijährigen Abgaben-Erlaß vom Dominio fordern konnten. Die Verklagte will dieser Landes-Ordnung die Gesetzeskraft bestreiten, indeß theils wird schon in der Landes-Ordnung vom 2. December 1651 Tit. 2. §§. 12. und 13. die Verpflichtung der Gutsherrschaften zu einer zweijährigen Unterstützung ausgesprochen, theils sind die Principien der Ordnung von 1669 nach Julius Sidonius Observationen pag. 80. seit mehr als 100 Jahren von der Ober-Amts-Regierung zu Lübben wirklich in Anwendung gebracht,

Digitized by Google

und hierdurch konnte also auch diejenige Observanz begründet werden, auf welche die Klage vorzüglich auch gestützt wird.

Es wird aber auch ausgeführt, daß die Observanz gegen die Klosterherrschaft Neuzelle ebenfalls bewiesen sei, es keinen Unterschied mache, ob die Kläger Lassiten oder Eigenthümer seien, und durch Aufhebung der persönlichen Unterthänigkeit in den Rechten und Pflichten, welche mit dem Besitze der Grundstücke verbunden, nichts geändert werde.

Der Verklagte hat mit Bezug auf dies Erkenntniß behauptet, daß nach §. 16. der gedachten Landes-Ordnung von 1669 die Remissionspflicht der Gutsherrschaften in der Nieder-Lausitz gerade auf der Gutsherrlichkeit und obrigkeitlichen Gewalt als Rechtsgrunde beruhe und aus diesem Gesetze hergeleitet werde, also in Folge der Aufhebung der Gutsherrlichkeit fortfallen müsse. Dagegen berufen sich zur Widerlegung dieser Deduction die Kläger ebenfalls auf dieses Urtel, leugnen, daß sie ihr Klagefundament in der gedachten Landes-Ordnung suchen, wollen dasselbe vielmehr bloß in der Observanz gefunden und festgehalten haben. Auch haben sie ein Argument für sich in der Behauptung gesucht, daß sie von jeher freie Eigenthümer ihrer Stellen gewesen.

Das Kreisgericht zu Beeskow hat indessen in seinem Erkenntnisse vom 20. Juni 1853 die Kläger abgewiesen, weil es den Einwand des Verklagten für durchgreifend erachtete. Dagegen haben die Kläger appellirt und hat auch der Civil-Senat des Kammergerichts im Urtel vom 5. December 1853 das Erkenntniß erster Instanz geändert und den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Auf dessen Revision ist jedoch durch das Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 19. October 1854 das Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt worden.

Digitized by Google

In den Entscheidungsgründen wird zuvörderst die Behauptung der Kläger widerlegt, daß der Johanniter-Orden in Ansehung seiner Besitzungen in der Nieder-Lausitz, in welcher das Amt Friedland gelegen ist, Landeshoheit gehabt und den von den sächsischen Landesherren erlassenen Landes-Ordnungen keine gesetzliche Kraft beigelegt werden könne. Demnächst folgen die nachstehenden, hier allein interessirenden

Gründe.

Die Landes-Ordnung vom 2. December 1651 Tit. II. §§. 12—14. Cod. August. Tom. III. lib. II. pag. 452. von Unterthanen und deroselben Pflichten, Diensten und Botmäßigkeit verordnet für den Fall von Kriegs-, Feuers-Noth und anderer verderblicher Zufälle, daß die Herrschaft den Unterthan sammt seinem Weib und Kind übliches Lohn und nothdürftigen Unterhalt so lange zu reichen schuldig, bis er wieder eigene Mittel erlangt oder von der Herrschaft in zwei Jahren solche Hülfe bekommen hat: „daß er sein oder ein ander Gut beziehen und anbauen, und künftig der Herrschaft ferner Dienste und Unpflichte leisten könne, damit er mit den Seinigen nicht stetig Knecht- und Magdstelle halten oder Tagelöhner geben dürfe, sondern hinwieder zu was Eigenes gelangen könne.“ Falls die Herrschaft nicht des Vermögens sein sollte, soll sie dem Unterthanen auf gewisse Zeit und Maaße durch einen Erlaßbrief „in verhoffender ehester Besserung“ zu Hülfe kommen, damit er seine Wohlfahrt anderswo suchen könne.

Die Landes-Ordnung vom 28. Januar 1669 ist eine Revision der früheren Landes-Ordnung, ein Gesetz, welches nur für die Nieder-Lausitz, eine einzelne Provinz des sächsischen Staates, gegeben war und als Provinzialgesetz auch nach Einführung des Allg. Landrechts besage §. 3. des Patents vom 15. November 1816 (Ges. Samml. S. 233.)

Digitized by Google

in Kraft geblieben ist. Nachdem im §. 15. Tit. 2. dieser Landes-Ordnung von 1669 verordnet worden, daß nach Kriegs- oder Feuersnoth und anderen Unfällen der Unterthan, wenn er sein Gut oder Garten unbestellt liegen lassen müßte und ihm nicht sogleich von der Obrigkeit Hülfe verschafft würde, doch nicht berechtigt sei, sich sofort in andere Gerichte oder in Dienst zu begeben, — bestimmt die Landes-Ordnung wörtlich:

§. 16. Hergegen aber die Herrschaft obligiret und verbunden sein, dem Unterthan sammt seinem Weib und Kind übliches Lohn und nothdürftigen Unterhalt zu geben und zu reichen, bis derselbe entweder für sich Mittel bekommen, oder in dreien Jahren von der Herrschaft solche Hülfe erlangt, daß er sein oder ein ander Gut beziehen und anbauen und künftig der Herrschaft ferner Dienste und Unpflichte leisten könne, damit er mit den Seinigen nicht stetig Knecht- und Magdstelle halten oder Tagelöhner geben dürfe, sondern hinwieder was Eigenes gelangen könne.

§. 17. Im Fall aber auch die Herrschaft zugleich also verarmet, daß sie ihren Unterthanen jetzt berührtermaaßen keinen Vorschub oder Hülfe thun oder Kost und Lohn reichen könnte, soll sie dem Unterthan solche drei Jahre über anderswo, jedoch daß es in diesem Marggrafthum Nieder-Lausitz geschehe, zu dienen nicht verhinderlich sein, sondern ihm mit einem Erlaßbriefe auf gewisse Zeit zu Hülfe und zu Statten kommen; doch dergestalt, daß nach Verfließung solcher Zeit er bei seiner Herrschaft sich wieder angeben, so er binnen solcher Zeit Mittel

Digitized by Google

erlanget, selbsten anbauen oder der Herrschaft Vorschub und Hülfe gewärtig sein solle.

Es ist also gesetzlich verordnet, daß, wenn der Unterthan durch Unglücksfall außer Nahrungsstand gesetzt worden, die Herrschaft ihn drei Jahre lang unterstützen solle. Der mit klaren Worten angegebene Zweck ist: daß er ferner der Herrschaft Dienste und Unpflichten leisten könne. Unzweifelhaft ist folglich der Grund dieser Vorschrift: das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß. Ein gutsherrschaftliches Verhältniß des Johanniter-Ordens und jetzt des Fiskus, wollen die Kläger mit der Behauptung widerlegen, daß sie von jeher Eigenthümer ihrer Stellen gewesen. Daß sie es jetzt seien, ist nicht bestritten, aber auch gleichgültig, ob sie es früher gewesen oder nicht. Denn §. 246. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. stellt als Regel sogar bei erbunterthänigen Bauern fest, daß, wo nicht das Gegentheil nach Provinzialgesetzen und Verfassungen, oder sonst, erhellet, dieselben als wirkliche Eigenthümer ihrer Stellen und Güter anzusehen. Ebensowenig können die Kläger aus der Behauptung den Mangel eines gutsherrlichen Verhältnisses darthun, daß niemals in L. Erbunterthänigkeit oder Leibeigenschaft stattgefunden, welche übrigens jedenfalls durch die Verordnung vom 18. Januar 1819 (Ges. S. S. 21.) aufgehoben sein würde. Sie verwechseln vielmehr und betrachten als identisch die Leibeigenschaft und das gutsherrliche Verhältniß. Letzteres ist aber nicht durch die Leibeigenschaft bedingt und darauf beschränkt, daher durch Aufhebung der Erbunterthänigkeit nicht mit aufgehoben, sondern in Ansehung der übrigen darin enthaltenen Befugnisse bestehen geblieben, namentlich als Gerichts- und Polizei-Obrigkeit. Daher fand auch unter der vormals sächsischen Landeshoheit und nach sächsischem Rechte auch in den Fällen das gutsherrliche Verhältniß noch Platz, wenn die

Digitized by Google

Bauern des betreffenden Dorfes weder erbunterthänig, noch Nichteigenthümer ihrer Stellen waren.

(Vergl. Curtius, Handbuch des sächs. Civilrechts §§. 265. ff., 276. ff., 284 ff.

Haubold, Handbuch des sächs. Privatrechts §§ 451. f.

v. Kamptz, Abhandl. über das gutsherrl. Verhältniß in den preuß. Staaten, Jahrbücher Bd. 34. S. 236.)

Auch ist das Fortbestehen des gutsherrlichen Verhältnisses in der gedachten Art durch §§. 6—8. und 11. der Verordnung vom 18. Januar 1819 in den Lausitzen ausdrücklich ausgesprochen, und auch dort, weder durch die Verleihung der persönlichen Freiheit aufgehoben, noch durch die, mittelst Gesetzes vom 21. Juli 1821 (Ges. S. S. 110.) verordnete, Berechtigung der Nichteigenthümer ihrer Stellen auf Verleihung des Eigenthums. Im §. 6. a. a. O. ist sogar noch eine nähere Bestimmung ausdrücklich vorbehalten über die hergebrachte Verpflichtung der Gutsherren, die öffentlichen Abgaben der Bauerhöfe zu vertreten, weil ihnen solche auch für die schon eigenthümlich besessenen Bauerhöfe obliege. Ein Vorbehalt, welcher ohne Fortdauer eines gutsherrlich-bäuerlichen Verbandes ohne alle Grundlage gewesen sein würde.

Daß der Johanniter-Orden, insbesondere dessen Ballei Sonnenburg und deren Amt Friedland, das gutsherrschaftliche Recht über die bäuerlichen Wirthe zu L. zur Zeit der sächsischen Landeshoheit gehabt habe, also die Gutsherrschaft gewesen sei, ist von den Klägern hiernach und um so mehr ohne allen Anlaß geleugnet, da der von ihnen selbst allegirte Ablösungsreceß vom 8. Mai 1810 nebst der herrenmeisterlichen kapitularischen Bestätigung vom 8. Juni 1810 und der Confirmation der sächsischen Ober-Amts-Regierung

Digitized by Google

zu Lübben vom 9. März 1815 das gutsherrliche Verhältniß auf das Deutlichste nachweis't.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Ordensamt Friedland, oder vielmehr die Johanniter-Ordens-Ballei Sonnenburg, als Gutsherrschaft die ihr durch die Landes-Ordnung vom Jahre 1669 gesetzlich aufgelegte Verpflichtung hatte, den bäuerlichen Wirthen zu L., wenn sie durch Feuersnoth außer Nahrungsstand gesetzt waren, auf drei Jahre Hülfe zu gewähren. Die Art und Weise, wie diese Hülfe geleistet werden sollte, ist in den oben angeführten §§. 16. und 17. im Allgemeinen bestimmt, nämlich der Gutsherr soll dem Bauer entweder auf drei Jahre Unterhalt gewähren, oder eine dreijährige Freiheit von seinen Obliegenheiten zugestehen, also auch die gutsherrlichen Prästationen erlassen. So hat man auch in früheren Zeiten die Landes-Ordnung zur Anwendung gebracht. Deren Commentator Julius Sidonius in seiner Observatio 42. führt an:

est enim obligatio inter dominum et colonum ultro citroque obligatoria, ut sicuti rusticus domino ad serviendum sic dominus rustico ad auxiliandum in inopia et necessitatibus viceversa teneatur,

und sagt ferner:

„und kann ex hoc principio ein Unterthan wider seinen Herrn gar füglich alternative Klagen, ut vel alimenta praestet vel ad triennium liberum dimittat.“ —

„Weil aber die Unterthanen aus diesem und folgenden Paragraphen, wenn sie durch Feuersbrunst verunglückt sind, von ihrer Obrigkeit eine dreijährige Freiheit in Diensten, Zinsen und Pächten verlangen, auch wenn sich dieselbe dessen verweigert, darüber Klage anstellen, so ist zu merken, daß die Ober-Amts-Regierung in cognoscendo diesfalls einen Unterschied zu machen

Digitized by Google

pflege, nämlich, wenn die Unterthanen durch's Feuer so sehr ruinirt worden, daß sie die Güter schlechterdings unbestellt liegen lassen müssen, welchen Falls auf die vollen drei Freijahre, außerdem aber, und wenn sie noch Mittel zur Bestellung übrig behalten, nur auf die Hälfte erkannt wird, wie solches novissime in Sachen Matthes Schimentzens et Cons. contra Christian Dietrich v. Schlieben mense Septembr. 1720, auch hiebevor in Sachen der abgebrannten Unterthanen von Schönewalde contra den Rath zu Luckau und unterschiedenen anderen also geschehen."

Julius Sidonius stellt ferner in der Observatio 43. über die Anwendbarkeit der §§. 15. und 16. Betrachtungen an und führt aus, daß das bloße Ertheilen eines dreijährigen Erlaßbriefes, die bloße dem Unterthanen auf drei Jahre ertheilte Erlaubniß, zu gehen, wohin er wolle, zwecklos sei, zu Nichts führe und durch andere Polizeigesetze verhindert, auch die Gutsherrschaft nicht davon befreit werden könne, den brodlos sich herumtreibenden Unterthanen wieder aufzunehmen und zu versorgen. Auch macht der gedachte Commentator geltend, daß es eine große Härte sein würde, wenn die Herrschaft auch, Falls sie der besonderen Lohndienste des verunglückten Unterthanen nicht bedürfe, denselben dennoch lohnen und unterhalten sollte.

Diese an sich unbestreitbar gegründeten Bedenken führen von selbst dahin, daß am Einfachsten und für beide Theile am Angemessensten die im Gesetze vorgeschriebene Hülfeleistung durch einen Erlaß aller gutsherrlichen Prästationen bis zu dem Zeitpunkte, wo anzunehmen, daß der Unterthan sich wieder erholt haben könne, zu bewirken sei.

In Vorstehendem ist nun nachgewiesen, daß die Verpflichtung der Gutsherrschaften in der Nieder-Lausitz, ihre durch Brandschaden verunglückten Unterthanen zu unterstützen,

Digitized by Google

auf dem Gesetze, auf der klaren Vnrschrift der Landes-Ordnung vom Jahre 1669, beruhe. Es ist also ganz unerfindlich, wenn die Kläger aus dem Grunde, weil eine solche Unterstützung seit langen Zeiten geschehen, behaupten wollen, die Verpflichtung dazu sei durch Observanz begründet, und eben so wenig kann dem Appellations-Richter beigestimmt werden, wenn er ebenfalls davon ausgegangen ist. Raum für eine Observanz neben dem Gesetze war nur in so weit noch vorhanden, als das Gesetz über die Art der Erfüllung der gesetzlich festgestellten Verbindlichkeit bloß Vorschriften enthielt, welche einer specielleren Ausbildung fähig waren. Daher war es möglich, daß sich ein Herkommen darüber ausbilden konnte, bei Feuerschäden die gesetzlich vorgeschriebene Hülfe durch einen verhältnißmäßigen Erlaß der gutsherrlichen Prästationen zu gewähren, und dieses Herkommen ist allerdings durch das Zugeständniß des Verklagten dahin bewiesen: daß bisher beim Abbrennen des ganzen Gehöftes ein Erlaß von drei Jahren, für Brandschaden an Scheune und Stall aber nur ein zweijähriger Erlaß bewilligt worden sei. Aber diese Observanz über die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung muß allerdings völlig unerheblich erscheinen, wenn die gesetzliche Verpflichtung selbst, wie Verklagter eingewandt hat, wirklich aufgehoben worden ist.

Aus dem Inhalte der allegirten Stellen beider Landes-Ordnungen von 1651 und 1669 ergiebt sich unzweifelhaft, daß kein anderer Grund, als das gutsherrliche Verhältniß, der Verpflichtung zur Unterstützung der verunglückten Unterthanen, die Entstehung gegeben habe. Auch war es das eigene Interesse der Gutsherren, den Unterthanen im Nahrungsstande und prästationsfähig zu erhalten, oder dahin baldigst zurückzubringen, da er, abgesehen von dem Verluste seiner eigenen Einkünfte, auch noch die öffentlichen Abgaben

Digitized by Google

für den Hof der Unterthanen vertreten mußte. Daher war es auch dies gutsherrliche Verhältniß, auf welches sich, in Ansehung der einem Gutsherrn unterworfenen ländlichen Bevölkerung, die Staats-Regierung zur Erreichung ihrer Zwecke stützte. Ja selbst die unbestimmte Zusicherung auf eine billig mäßige Remission am Dienstgelde in Unglücksfällen, welche in der herrenmeisterlichen capitularischen Confirmation des Recesses vom 8. Mai 1810 am 8. Juni desselben Jahres gegeben ist, läßt sich ihrem Entstehungsgrunde nach auf das gutsherrliche Verhältniß zurückbringen; jedoch kommt es hierbei auf diese Urkunde nicht weiter an, da die Klage nicht auf dieses Versprechen, sondern auf die behauptete Observanz gegründet ist. Ist nun, wie der Verklagte eingewandt hat, das gutsherrliche Verhältniß durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben, so folgt von selbst, daß auch der Anspruch der Kläger für Brandschäden, welche nach der Aufhebung erst stattgefunden haben, dadurch allen Halt und Grund verloren haben müsse.

Daß die Gutsherrlichkeit durch die über die persönliche Freiheit der Bauern und die Verleihung und Regulirung des Eigenthums ihrer Güter, so wie durch die Ablösbarkeit gutsherrlicher Prästationen mittelst der Gesetzgebung vor dem Jahre 1848 ihre gänzliche Aufhebung noch nicht erreicht habe, ist schon vorhin ausgeführt. Aber der Verklagte beruft sich auf Art. 42. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850. Dort heißt es:

Aufgehoben ohne Entschädigung sind:

1. Die Gerichtsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, so wie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien;
2. die aus diesen Befugnissen, aus der Schutz-

Digitized by Google

herrlichkeit, der früheren Erbunterthänigkeit, der früheren Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen.

„Mit den aufgehobenen Rechten fallen auch die Gegenleistungen und Lasten weg, welche den bisherigen Berechtigten dafür oblagen."

Wenn nun der Appellations-Richter von dem Verklagten noch einen besonderen Beweis darüber verlangt und vermißt, daß die in Streit befangene Verpflichtung zur Remission eine Last gewesen, welche in den aufgehobenen Gerechtsamen ihren Grund gehabt, so erhellet doch aus dem Vorigen, daß gerade diese aufgehobenen Gerechtsame recht eigentlich das Wesen der Gutsherrlichkeit in dem Umfange, in welchem sie noch beim Erscheinen des Gesetzes betrachtet werden konnte, ausmachen, und daß unzweifelhaft jene Verpflichtung eine mit der Gutsherrlichkeit verbundene Last gewesen. Von einer weiteren Beweisführung darüber kann daher nicht die Rede sein.

Dagegen hat es seine Richtigkeit, daß die angeführten Satzungen der Verfassungs-Urkunde nicht ohne Weiteres zur unmittelbaren Anwendung auf einzelne Fälle gelangen konnten, vielmehr bloß Grundsätze der Gesetzgebung aussprechen, indem am Schlusse des Art. 42. ausdrücklich verordnet ist: „Die weitere Ausführung dieser Bestimmungen bleibt besonderen Gesetzen vorbehalten." Es bleibt daher erst noch zu untersuchen, ob diese besonderen Gesetze schon ergangen oder noch zu erwarten. Es ist nun

1. die Aufhebung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit, also der Gerichtsherrlichkeit der Gutsbesitzer, durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 (Ges.-Samml. S. 1.) nebst Bekanntmachung vom 22. April 1851 (Ges.-Samml. S. 180.) und das Gesetz vom 26. April

Digitized by Google

1851 (Gef.-Samml. S. 181.) zur Ausführung gebracht.

2. Die Ausführung der Aufhebung der gutsherrlichen Polizei ist im Gesetze vom 11. März 1850 über die Polizei-Verwaltung enthalten.

3. Im §. 1. des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. (Gef.-Samml. S. 77.) ist sub No. 8. das schon angeführte Gesetz vom 21. Juli 1821, also auch dessen §. 6. mit der gutsherrlichen Pflicht zur Vertretung der öffentlichen Lasten der Bauerhöfe, aufgehoben, und die §§. 2. und 3. heben in einzelnen Bestimmungen ohne Entschädigung alle aus der Gutsherrlichkeit den Unterthanen gegenüber herstammenden Rechte und Pflichten auf, welche nicht die Natur der Reallasten haben, oder dafür erklärt werden, dergestalt, daß der Besitzung des Gutsherrn keine gutsherrlichen, sondern nur dingliche Rechte auf Abgaben, Leistungen und ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen verbleiben. Wenn jedoch der Verklagte den §. 82. a. a. O. auch für sich angeführt, so ist es zwar gegründet, daß dort bei Regulirung Behufs der Eigenthums-Verleihung, die Gutsherrschaft, ohne Entschädigung dafür zu gewähren, die Befreiung von den Verpflichtungen zur Unterstützung in Unglücksfällen und zur Vertretung bei öffentlichen Abgaben erlangen soll. Aber, eines Theils können die Grundsätze des dritten Abschnitts des Gesetzes hier nicht zur Anwendung kommen, weil hier nicht von der Verleihung des Eigenthums die Frage, vielmehr die Kläger schon Eigenthümer ihrer Stellen sind, andern Theils muß schon aus der Aufhebung der gutsherrlichen Rechte die der Verpflichtung zur

Digitized by Google

Unterstützung solcher nunmehr ganz unabhängigen Grundbesitzer folgen.

Die angeführten Gesetze genügen daher vollständig, um durch dieselben die vorbehaltene weitere Ausführung der Bestimmungen des Art. 42. der Verfassungs-Urkunde in Ansehung der Aufhebung des Gutsherrschaftsrechtes für geschehen zu erachten. Indessen wird durch die Fassung des §. 1. des Gesetzes über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850 noch ein Zweifel darüber angeregt, ob die Ausführung der Aufhebung der gutsherrlichen Polizei für bewirkt erachtet werden könne. Es wird dort verordnet:

> Die örtliche Polizei-Verwaltung wird von den nach den Vorschriften der Gemeinde-Ordnung dazu bestimmten Beamten (Bürgermeistern, Kreisamtmännern, Oberschulzen) im Namen des Königs geführt, — vorbehaltlich der im §. 2. des gegenwärtigen Gesetzes vorgesehenen Ausnahme,

(nämlich, wenn sie besonderen Staatsbeamten aufgetragen wird.) Die Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 (Ges.-Samml. S. 213.) ist aber durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 wieder aufgehoben und die früheren Gesetze und Verordnungen über die Landgemeinde-Verfassungen in den sechs östlichen Provinzen, so weit sie mit den Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde nicht im Widerspruche stehen, und durch die Gemeinde-Ordnung, die Kreis-, Bezirks- und Provinzial-Ordnung und das Gesetz vom 24. Juli 1848 bereits beseitigt sind, wieder in Kraft gesetzt. Dadurch ist folglich auch die obige Bestimmung unausführbar gemacht, daß von den nach den Vorschriften der Gemeinde-Ordnung dazu bestimmten Beamten die örtliche Polizei-Verwaltung geführt werden soll. Aber dennoch ist das Gesetz über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850 selbst nicht wieder

Digitized by Google

aufgehoben. Ferner kann durch die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung die Bestimmung nicht berührt sein, daß die örtliche Polizei-Verwaltung im Namen des Königs geführt werden soll. Endlich würde die Rückgabe der Polizeigerichtsbarkeit zur Verwaltung an die vormaligen Gutsherren in eigenem Namen, also als eigenes Recht, mit der angeführten Bestimmung des Art. 42. der Verfassungs-Urkunde im Widerspruche stehen. Ist daher auch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung über die Auswahl derjenigen Beamten, welche in den Dörfern die vormals gutsherrliche Polizei verwalten sollen, zur Zeit nicht vorhanden, so ist doch die gutsherrliche Polizei selbst unzweifelhaft aufgehoben geblieben, und an deren Stelle die Polizei-Verwaltung im Namen des Königs eingeführt.

Aus diesen Gründen verschwindet jedes Bedenken gegen den Einwand des verklagten Fiskus, daß zwischen ihm, als vormaligen Gutsherrn von L., und den Klägern, als bäuerlichen Wirthen daselbst, durch die Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 und die darauf folgenden Gesetze das gutsherrliche Verhältniß aufgehoben, und folglich auch der daraus herstammende Anspruch der Kläger, auf Unterstützung wegen Brandschadens durch zwei- und dreijährige Remission der für den Verklagten auf ihren Nahrungen haftenden Reallasten, erloschen sei.

Uebrigens konnten die Gründe, auf welcher das von den Klägern allegirte Erkenntniß des Geheimen Ober-Tribunals vom 28. September 1827 in Sachen der Halbbauern Gottfried Schulze und Genossen wider die General-Administration der Herrschaft Neuzelle beruhte, in der vorliegenden Sache nicht zum Anhalte genommen werden, da damals nicht nur die Angaben der Parteien andere, sondern auch die Gesetze, welche die gegenwärtige Entscheidung bedin-

Digitized by Google

gen, namentlich in Ansehung der Aufhebung der Gutsherrlichkeit, gar noch nicht ergangen waren.

Ebensowenig konnte der vorstehenden Entscheidung das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 13. Mai 1851 (welches, als am 10. Mai 1851 ergangen, in dem Werke von Lette und v. Rönne, die Landeskultur-Gesetzgebung des preußischen Staates Bd. 2. S. 672. alligirt und auch in der Zeitschrift des Revisions-Collegiums Bd. 5. S. 17 ff. erwähnt ist) entgegenstehen. Denn dort ist nicht zur Sprache gebracht, noch hat in Frage gestellt werden können: ob die ihrer Zeitdauer nach dort streitige, aus den Landes-Ordnungen von 1651 und 1669 herstammende Remissionspflicht der Gutsherrschaft durch die Aufhebung der Gutsherrlichkeit erloschen sei? Das Appellations-Urtel war am 17. März 1848 ergangen und die Nichtigkeits-Beschwerde der bäuerlichen Einsassen am 19. Juni 1848 schon eingereicht. In den Entscheidungsgründen ist ausdrücklich nachgewiesen, daß §. 103. des Gesetzes vom 2. März 1850 nicht zur Anwendung habe gelangen können, weil das Recht auf die Super-Normal-Entschädigung schon durch das Appellations-Urtel rechtskräftig festgestellt anzusehen. Der Nichtigkeits-Beschwerde ist auch nur der Erfolg gegeben, daß das Appellations-Urtel insoweit vernichtet worden, als nur ein einjähriger Erlaß der Dienste und Abgaben bei der Berechnung der Super-Normal-Entschädigung-Rente in Anschlag gebracht war, und das Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert wurde, daß ein dreijähriger Erlaß im Falle eines Brandunglücks in Anrechnung zu stellen. Die Begründung dieser Entscheidung aber berührt nicht im Entferntesten, die Frage: ob die Verpflichtung der Gutsherrschaft zur Remission nach Erlaß der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 und

Digitized by Google

der dazu gehörigen Gesetze fortbestehen geblieben oder aufgehoben sei.

№ 61.

Schlesien. Wegebaupflicht.

Die Vorschrift, daß, wenn der Acker eines Unterthanen der Länge nach an die Landstraße stößt, alle, welche in derselben Flur Acker haben, zur Unterhaltung des Weges concurriren müssen, bezieht sich nicht bloß auf die Aecker der bäuerlichen Grundbesitzer, sondern auch auf die Aecker des Dominiums, welche jene Lage haben. Präjudiz No. 2555.

Landstraßen- u. Wege-Reglement für das Herzogthum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 11. Januar 1767 §. 6. (Korn, Samml. schlesischer Ordnungen, Edicte u. s. w Bd. 10. S. 3.)

In der Hütungsauseinandersetzung zu T. in den Jahren 1828 bis 1834 wurden der Gutsherrschaft von R. einige Parzellen zum alleinigen Eigenthum überwiesen. Durch diese Ländereien führt ein Weg von T. nach R. und gerade auf diesem Theile des Weges befinden sich drei Brücken, welche im Straßen- und Brücken-Kataster des Dorfes T. unter No. 7. 8. und 9. verzeichnet sind. Die Gutsherrschaft von R. hat von der Gemeinde T. verlangt, daß sie in Gemeinschaft mit ihr diese Brücken unterhalte und zwar deshalb, weil die gedachten Ländereien mit der Längen-Seite an den Weg stoßen. Hierzu hält sich die Gemeinde T. nicht für verpflichtet. Sie hat deshalb geklagt mit dem Antrage:

Digitized by Google

die verklagte Gutsherrschaft zu verurtheilen, jene drei Brücken auf ihre alleinigen Kosten und ohne Concurrenz der Gemeinde herzustellen nnd zu unterhalten, der Gemeinde auch die im Wege der Execution von ihr eingezogenen Kosten zu erstatten.

Ihren Antrag hat sie unter Mehren auf die Behauptung gestützt, daß die, §. 6 des Wege-Reglements vom 11. Januar 1767 festgesetzte, Ausnahme für Grundstücke, die der Länge nach an den Weg stoßen, sich nicht auf Dominial-Ländereien erstrecke. Dem hat die Verklagte widersprochen.

Das Kreisgericht zu Ratibor hat im Erkenntnisse vom 15. März 1853 die Verklagte verurtheilt. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor hat aber im Urtel vom 26. Januar 1854 dies Erkenntniß auf die Appellation der Verklagten geändert und die Klägerin abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, ist jedoch mit derselben im Erkenntnisse des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 26. September 1854 zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter führt aus, daß der §. 6. des Wege-Reglements für Schlesien vom 11. Januar 1767 der Verklagten zur Seite stehe, weil die Dominial-Ackerstücke mit ihren Längen-Seiten an die Straße stoßen, indem hiernach die Verpflichtung der Gemeinde zur Concurrenz bei Unterhaltung des Weges und mithin auch der Brücken als vorhanden anzunehmen.

Die Implorantin behauptet zuvörderst, daß der Richter den §. 6. des gedachten Reglements verletzt habe, indem er die Gemeinde, obgleich die Brücken auf einem von den Ländereien der Verklagten umgrenzten Wege belegen sind,

Digitized by Google

für beitragspflichtig erachte. Dieser Vorwurf ist nicht begründet. Der §. 6. bestimmt zuvörderst, wer die Aufsicht und Besorgung des Landstraßenbaues haben soll, und spricht dann den allgemeinen Grundsatz aus:

daß die Instandhaltung der Straßen und Wege, die Unterhaltung der Brücken auf denselben und Alles, was dem gemeinen Fuhrwesen schädlich und hinderlich sein kann, mit vereinigten Kräften der Gutsherrschaft und Gemeinde besorgt und beseitigt werden soll.

Hiernach setzt er fest:

„Und da nach der alten hergebrachten Gewohnheit derjenige, welcher mit seinen Ackerstücken an die Landstraße anstößt, den Theil derselben, welcher daran liegt, in Stand setzen und erhalten muß, so hat es dabei lediglich sein Bewenden und es hat sich Niemand dieser Schuldigkeit zu entziehen. Es ist aber dieses nur von denen Stücken zu verstehen, welche der Breite nach an die Landstraße anstoßen. Sollte aber der Acker eines oder des anderen Unterthanen der Länge nach an die Landstraße stoßen, so müssen alle diejenigen, welche in derselben Flur Acker haben, zu der Wegebesserung und Unterhaltung mitconcurriren, und es können sich in solchem Falle keine, auch nicht die dominia, davon ausschließen."

Davon, daß die Landstraße von den unmittelbaren Adjacenten zu unterhalten, ist hiernach eine Ausnahme für den Fall festgesetzt, daß der Acker eines oder des andern Unterthanen der Länge nach an den Weg stößt. Hauptsächlich darauf gestützt, daß unter „Unterthanen" nach dem Sprachgebrauche zur Zeit der Emanation des Gesetzes die Besitzer von bäuerlichen Grundstücken zu verstehen, ist die Implorantin der Ansicht, daß jene Ausnahme sich nicht auf Dominial-Ländereien erstreckt, welche mit der Längen-

Digitized by Google

Seite an den Weg stoßen. Der Appellations-Richter hat sich für die entgegengesetzte Ansicht entschieden und angenommen, daß in der allegirten Gesetzstelle von den Unterthanen, welche Ackerbesitzer sind, im Allgemeinen die Rede und die Dominien mit dazu gezählt werden. Es ist diese Auslegung als richtig anzuerkennen. Wo es sich um Verhältnisse zwischen dem Staate und den Staatsbürgern handelt, wurden die letzteren auch zur Zeit der Emanation des Wege-Reglements Unterthanen genannt, und es ist auch im Eingange des fraglichen Gesetzes der Ausdruck „Unterthanen" in diesem Sinne gebraucht. Nur dann, wenn in einem Gesetze „Unterthanen" dem „Dominio" gegenüber gestellt sind, kann man darunter die bäuerlichen Grundbesitzer im Gegensatze zu den Grundherrschaften, zu den Dominial-Besitzern verstehen. Nach der Fassung des Gesetzes ist nun aber der Ausdruck „Unterthanen" nicht im Gegensatze von Dominien gebraucht. Die am Schlusse der allegirten Gesetzstelle gebrauchten Worte:

„und es können sich in solchem Falle keine, auch nicht die dominia ausschließen,"

rechtfertigen nicht die Annahme des Gegentheils, vielmehr wollte man offenbar durch den Zusatz „auch nicht die dominia" jeden Zweifel darüber, ob die Dominien zu den Unterthanen zu rechnen, auf welche sich die Vorschrift bezieht beseitigen. Für diese Auslegung spricht auch der Grund des Gesetzes. Es würde eine Ueberbürdung des Adjacenten eintreten, wollte man ihn auch in Bezug auf die mit der Längen-Seite an den Weg stoßenden Ländereien für verpflichtet zur Unterhaltung des Weges ansehen. Zur Vermeidung einer solchen Ueberbürdung wurde es nöthig, für den gedachten Fall die gemeinschaftliche Unterhaltungspflicht für alle Ackerbesitzer in der Feldmark festzusetzen. Es lag

Digitized by Google

keine Veranlassung vor, in Bezug auf die Dominial-Ländereien, die mit der Längen-Seite an den Weg stoßen, eine Ausnahme davon zu machen, denn es spricht auch gegen eine solche Ausnahme der im §. 6. des Reglements ausgesprochene Grundsatz, daß die Instandhaltung der Straßen und Wege mit vereinigten Kräften der Grundherrschaft und Gemeinden besorgt werden soll.

Die weiteren Gründe interessiren hier nicht.

III.

Präjudicien.

a) in Civil-Sachen.

№ 2526. 19. Juni 1854. Plenum. Zu dem Gesetze vom 2. März 1850. §. 40. Siehe S. 39. dieses Bandes.

№ 2527. 3. Juli 1854. Plenum. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 222. Siehe S. 1. dieses Bandes.

№ 2528. 11. October 1852 und 17. Mai 1854. I. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 482. 487.

Der Erbschaftsrichter ist befugt, wenn sich bei der Legitimationsführung eines sich meldenden Erben solche Bedenken ergeben, die nach dem Ermessen des Erbschaftsgerichts nicht füglich im Wege bloßer Decretur erledigt werden können, die Frage: ob der auftretende Erbe für einen Blutsverwandten des Erblassers in dem von ihm behaupteten Grade anzunehmen? zur Erörterung und Entscheidung im

Digitized by Google

Wege des Processes zwischen dem Erbprätendenten und dem dem Nachlasse bereits bestellten oder zu bestellenden Curator zu erweisen, und es erscheint richterliche Entscheidung darüber zulässig.

Siehe Bd. 24. No. 2. S. 23. und S. 64. dieses Bandes.

№ 2529. 13. Juni 1854. II. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §. 14. und Tit. 7. §§. 81. 82. Siehe S. 116. dieses Bandes.

№ 2530. 13. Juni 1854. II. Senat. Zu der Ordnung und Satzung von 1558, der Visitations- und Consistorial-Ordnung von 1573, dem Circular vom 16. Februar 1683, dem A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 629. 640, Entsch. Bd. 18. S. 415. ff. Siehe S. 116. dieses Bandes.

№ 2531. 14. Juni 1854. I. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 525. 541. 537. 562. 570., Tit. 4. §. 58. Siehe S. 75. dieses Bandes.

№ 2532. 5. Juli 1854. I. Senat. Zur Verordnung gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen oder anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen vom 14. Juli 1797 (Nov. corp. const. Tom X. No. 55. de 1797 S. 1313, Rabe Samml. preuß. Gesetze und Verordnungen Bd. 4. S. 204.) und zu dem Str. G. B. vom 14. April 1851 §. 270. Siehe S. 240. dieses Bandes.

№ 2533. 8. Juli 1854. II. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §§. 135. und 136. und Thl. I. Tit. 7. §. 107. Siehe S. 134. dieses Bandes.

№ 2534. 1. Juli 1854. IV. Senat. Zur Verordnung über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidations-

Digitized by Google

Proceß vom 4. März 1834 §. 18. Siehe S. 235. dieſes Bandes.

№ 2535. 20. Juni 1854. IV. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §§. 16. 405—408. Siehe S. 97. dieſes Bandes.

№ 2536. 11. Juli 1854. II. Senat. Zu dem Geſetze vom 2. März 1850 §. 81. Siehe S. 276. dieſes Bandes.

№ 2537. 29. Juni 1854. IV. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 28. 450 — 454, der Wechſel-Ordnung Art. 23. 82. und A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §. 306. Siehe S. 199. dieſes Bandes.

№ 2538. 13. Juli 1854. IV. Senat. Zu A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 191. Siehe S. 142. dieſes Bandes.

№ 2539. 15. Juli 1854. IV. Senat. Zur Verordnung vom 8. Januar 1816 (Geſ.-Samml. S. 97.). Siehe S. 290. dieſes Bandes.

№ 2540. 15. Juli 1854. II. Senat. Zu dem Kaiſerlichen Decrete vom 12. December 1808, dem Decrete vom 13. December 1811 und dem Geſetze vom 21. April 1825 No. 939.

Das Kaiſerliche Decret vom 12. December 1808 (Geſetz-Bülletin des Großherzogthums Berg Bd. I. No. 6. S. 182, ff.), über die Aufhebung der Leibeigenſchaft, iſt als ein Prohibitiv-Geſetz bezüglich der Errichtung von Erbpachtsverträgen im Allgemeinen nicht anzuſehen, trifft vielmehr nur früher eigenbehörig geweſene (freigelaſſene) beziehungsweiſe in Erbpacht verwandelte Colonate.

№ 2541. 22. September 1854. I. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 334. und Thl. II. Tit. 2. §. 434. Siehe S. 86. dieſes Bandes.

Digitized by Google

№ 2542. 12. September 1854. IV. Senat. Zur Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 50. §§. 424. 426. Siehe S. 399. dieses Bandes.

№ 2543. 7. September 1854. II. Senat. Zur Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 (Ges.-Samml. S. 41.) §§. 1. 2. 3. Siehe S. 433. dieses Bandes.

№ 2544. 12. Juni 1844. I. Senat. Zu dem unter No. 469. des Präjudicienbuchs (Samml. S. 248.) eingetragenen Präjudice und der Proceß-Ordnung Tit. 24. §. 19., sowie zu der Executionsverordnung vom 4. März 1834 §. 2. Siehe S. 395. dieses Bandes.

№ 2545. 7. Januar 1854. II. Senat. Zu dem Gesetze über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 §. 3.

Die Kosten der Unterhaltung der Dienstwohnungen, welche den von der Staats-Regierung angestellten Beamten angewiesen worden sind, gehören nicht zu den Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung, die von der Gemeinde zu bestreiten, sondern fallen dem Fiskus zur Last.

№ 2546. 12. September 1854. IV. Senat. Zur Verordnung vom 21. Juli 1846 §§. 17. 20.

Die Fristen zur Einführung und Rechtfertigung der eingelegten Rechtsmittel, sowie zu deren Beantwortung, deren Endpunkt in die durch die Ferien-Ordnung vom 16. April 1850 eingeführten Ernteferien fallen würden, laufen in nicht schleunigen Proceßsachen erst mit dem Ende der Ferien ab, wenn auch auf ihre Verlängerung nicht ausdrücklich angetragen ist.

№ 2547. 14. September 1854. II. Senat. Zur vorläufigen Verordnung über die Ausübung der Wald-

Digitized by Google

streu-Berechtigung vom 5. März 1843 (Ges.-Samml. S. 105.) §. 4. Siehe S. 430. dieses Bandes.

№ 2548. 18. September 1854. Plenum. Zu dem Gesetze vom 2. März 1850. §. 2. Siehe S. 301. dieses Bandes.

№ 2549. 4 October 1854. I. Senat. Zur Verordnung vom 2. Januar 1849. §. 9. und zu dem Zusatz Art. II. vom 26. April 1851 (Ges.-Samml. 1849 S. 3. und 1851. S. 181.). Siehe S. 437. dieses Bandes.

№ 2550. 28. September 1854. II. Senat. Zur Allg. Hypoth.-Ordnung Tit. I. §. 48. Siehe S. 406. dieses Bandes.

№ 2551. 4/13. October 1854. I. Senat. Zur Verordnung vom 11. Juli 1845 (Ges.-Samml. S. 473.).

Das im §. 8. ad 2. dem überlebenden Ehegatten eingeräumte Wahlrecht ist an seine Person geknüpft und geht, wenn es von ihm nicht ausgeübt ist, auf seine Erben nicht über. Beim Mangel einer solchen Wahl treten die Grundsätze des Allg. Landrechts über Erbtheilungen ein, und zwar, wenn unter den Eheleuten Gütergemeinschaft obgewaltet hat, die auf ein solches Verhältniß bezüglichen landrechtlichen Vorschriften.

№ 2552. 13. October 1854. I. Senat. Zu dem Gesetze vom 31. December 1842, über Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan, §§. 13. 20. und zum Gesetze von demselben Tage über die Verpflichtung zur Armenpflege §. 1. No. 3, §§. 4. 9. 12. Siehe S. 423. dieses Bandes.

№ 2553. 19. October 1854. II. Senat. Zur Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat vom 31. Ja-

Digitized by Google

nuar 1850 (Ges.-Samml. S. 17. Art. 42. No. 1.) und der Nieder-Lausitzschen revidirten Landes-Ordnung vom 28. Januar 1669 Tit. 2. §§. 16. 17. Siehe S. 445. dieses Bandes.

№ 2554. 3. October 1854. IV. Senat. Zur Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 14. §. 3. und Verordnung vom 21. Juli 1843 über die Grundsätze, nach denen der Werth des Streitgegenstandes zu bestimmen, §. 1.

Zu den, während des Processes entstandenen Schäden, welche von der Berechnung ausgeschlossen sind (§. 1. der Verordnung vom 21. Juli 1843), gehören auch die Fütterungs-, Stall- und Abwartekosten eines Pferdes während des Processes, der über die Aufhebung des Kaufvertrages um dasselbe, wegen Gewährsmängel, geführt wird.

№ 2555. 26. September 1854. II. Senat. Zu dem Wege-Reglement für Schlesien vom 11. Januar 1767. §. 6. Siehe S. 462. dieses Bandes.

№ 2556. 9. October 1854. I. Senat. Zu A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 650. Siehe S. 350. dieses Bandes.

№ 2557. 23. October 1854. I. Senat. Zur Criminal-Ordnung §. 64.

1. Die subsidiarische Verpflichtung der Eltern und Kinder zur Bezahlung desjenigen, was zum nothwendigsten Unterhalt der hülflosen Kinder oder Eltern während der Untersuchung und Vollziehung der Strafe nach Festsetzung der Behörde erfordert wird, ist eine gesetzliche Folge der rechtskräftigen Verurtheilung, so daß es zur Sicherstellung dieses Anspruches durch hypothekarische Eintragung auf die Immobilien der

Digitized by Google

subsidiarisch Verpflichteten nicht erst der Erwirkung eines Judicats gegen dieselben bedarf.

2. Auch die bereits vor dem 1. Januar 1852 entstandenen Untersuchungskosten können sowohl gegen den Verurtheilten selbst, als auch gegen die subsidiarisch Verpflichteten, beim Eintritt ihrer Haftbarkeit, durch hypothekarische Eintragung auf die Immobilien derselben sicher gestellt werden, ohne daß es einer vorgängigen Einklagung dieser Kosten bedarf.

№ 2558. 19. October 1854. IV. Senat. Zu A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §. 212. a.

Wenn ein großjähriger Sohn, mit Wissen und ohne Widerspruch seines Vaters, einen Vertrag schließt, wodurch er sich einen eigenen Erwerb begründet, alsdann tritt er durch die Eingehung des Vertrages selbst aus der väterlichen Gewalt, ohne daß es einer ausdrücklichen Genehmigung dieses Vertrages, Seitens des Vaters, bedarf.

№ 2559. 31. October 1854. II. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 126.

Die Vorschrift des §. 126. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. beschränkt sich nicht auf den Schutz der Gebäude des Nachbarn gegen den schädlichen Einfluß der im §. 125. a. a. O. bezeichneten Anlagen, bezieht sich vielmehr auch auf das öffentliche Interesse.

№ 2560. 24. October 1854. IV. Senat. Zu A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 1635. und 1718.

1. Unter der achttägigen Frist, binnen welcher die Befrachtung und Entladung eines Schiffes von 50 Lasten und darunter vollendet sein muß,

Digitized by Google

kann nur eine einwöchentliche, aus sieben Tagen bestehende, Frist verstanden werden.

2. Sowohl bei Berechnung dieser Frist, als auch der vierzehntägigen, welche zur vollständigen Befrachtung und Entlastung eines Schiffes von 50 bis 100 Lasten bestimmt ist, sind die in diese Frist fallenden Sonn- und Feiertage mitzuzählen.

№ 2561. 24. October 1854. IV. Senat. Zur Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 50. §. 472. und zum Präjudiz No. 1736.

Auch notarielle Schuldinstrumente, welche nicht bloß der Unterschrift nach recognoscirt, sondern auch dem Inhalte nach vor Notar und Zeugen genehmigt und anerkannt worden sind, begründen, gleich den, vor Notar und Zeugen aufgenommenen, das Vorzugsrecht der sechsten Classe.

№ 2562. 26. September 1854. II. Senat. Zu A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §§. 13. 14. 28. 29. 43—45, Tit. 7. §§. 80. 81. 82. 86. 126. 127. ff., Tit. 9. §§. 507. ff., 570 ff., 589. 590. 601, Tit. 19. §. 20, L. 3. D. de possess., L. 3. §. 17. de vi, L. 23. §. 2. ex quib. causis. maj., L. 12. pr. de possess., L. 20. de serv., L. 3. §. 2. de itin., L. 153. D. de reg. J., L. 18. D. de serv. praed. rust.

Die auf dem dienenden Grundstücke stattgefundene Verlegung einer einzelnen Strecke eines Weges, auf welchen ein Anderer den Besitz der Wegegerechtigkeit erlangt hat, unterbricht den Verjährungsbesitz nicht, wenn durch jene Verlegung Zweck, Anfang und Zielpunkte der Servitut keine Veränderung erleiden.

Digitized by Google

b) des Senats für Strafsachen.

№ 98. 12. Juni 1854. Plenum. Zum Str. G. B. §. 243. No. 1. Siehe S. 173. dieses Bandes.

№ 99. 12. Juni 1854. Plenum. Zum Str. G. B. §. 144. No. 3. Siehe S. 184. dieses Bandes.

№ 100. 29. Juni 1854. Abthl. II. Zum Preßgesetz vom 12. Mai 1851. §. 49. Siehe S. 177. dieses Bandes.

№ 101. 6. Juli 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §§. 193. 195. Siehe S. 169. dieses Bandes.

№ 102. 12. Juli 1854. Abthl. I. Zur Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 23. §. 52. No. 4. und 5. und Tit. 24. §. 40. Siehe S. 196. dieses Bandes.

№ 103. 7. September 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §. 325.

Wenn ein Gerichtsbote in Beziehung auf die Unterschlagung der von ihm eingezogenen Kosten die von ihm für die Kasse zu führenden Kosteneinziehungs-Listen unrichtig führt, so findet der §. 325. des Str. G. B. Anwendung.

№ 104. 13. Juli 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §. 217. No. 5. Siehe S. 379. dieses Bandes.

№ 105. 5. October 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §. 150. Siehe S. 375. dieses Bandes.

№ 106. 6. October 1854. Abthl. I. Zur Verordnung vom 3. Januar 1849. §. 151. ff. Siehe S. 381. dieses Bandes.

№ 107. 21. September 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §. 96. Siehe S. 370. dieses Bandes.

№ 108. 27. October 1854. Abthl. 1. Zum Einführungs-Gesetz vom 14. April 1851. Art. XVIII.

Digitized by Google

Unter den im Art. XVIII. des Einführungsgesetzes bezeichneten Gerichtsbezirken sind die Bezirke der für die Verfolgung der Injuriensachen und der leichten Mißhandlungen im Civilwege competenten Einzelrichter, resp. die der einzelnen Gerichtscommissionen des Kreisgerichts gemeint.

№ 109. 9. October 1854. Plenum. Zum Str. G. B. §. 37. und §§. 237. 238.

Auf die in Beziehung auf Diebstähle, Unterschlagung oder ähnliche Vergehen resp. Verbrechen um eigenen Vortheils willen dem Thäter gewährte Begünstigung sind die §§. 237. 238. Str. G. B. auch dann anwendbar, wenn die Begünstigung bezweckt hat, dem Thäter die Vortheile des Vergehens resp. Verbrechens zu sichern.

№ 110. 26. October 1854. Abthl. II. Zum Str. G. B. §§. 193. und 195.

Auch dann, wenn der von Mehreren verübten Mißhandlung, bei welcher dem Gemißhandelten eine schwere Körperverletzung zugefügt ist, eine die Mißhandlung überhaupt betreffende (nicht aber eine schwere Körperverletzung bezweckende) Verabredung vorhergegangen ist, kann §. 193. des Str. G. B. nur gegen denjenigen, Rücksichts dessen festgestellt ist, daß er die Verletzung, welche den schweren Erfolg gehabt hat, zugefügt habe, und der zweite Absatz des §. 195. a. a. O. nur gegen denjenigen Anwendung finden, Rücksichts dessen festgestellt ist, daß eine von ihm zugefügte Verletzung in Verbindung mit einer oder mehreren von Andern dabei zugefügten Verletzungen den schweren Erfolg gehabt habe.

Digitized by Google

№ 111. 20. October 1854. Abthl. I. Zur Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 §§. 14. 177., Verordnung vom 3. Januar 1849 §§. 165 ff., zum Einführungs-Gesetz vom 14. April 1851 Art. XX., Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 120. und Regulativ über den Gewerbebetrieb im Umherziehen vom 28. April 1824 §. 8. Siehe Präjudiz No. 19.

Der in No. 19. des Präjudicien-Buchs aufgestellte Grundsatz, daß in den, nach der Gewerbe-Ordnung zu ahndenden, Gewerbepolizei-Contraventions-Sachen von dem Erkenntnisse des Einzelrichters nur der Recurs und kein ferneres Rechtsmittel, selbst dann nicht, zulässig ist, wenn die Handlung des Contravenienten zugleich ein Steuervergehen enthält, ist auch auf den Fall anzuwenden, wenn die Anklage auf Betrieb des Hausir-Gewerbes ohne Lösung eines Gewerbescheins gerichtet ist.

№ 112. 19. October 1854. Abthl. II. Zur Steuer-Ordnung vom 8. Februar 1819 §§. 83. und dem Zollstraf-Gesetzes vom 23. Januar 1838 §. 19.

Werden die im §. 83. der Steuer-Ordnung vom 8. Februar 1819 oder die im §. 19. des Zollstrafgesetzes vom 23. Januar 1838 gedachten Gewerbetreibenden als Anstifter der von ihrem Gesinde u. s. w. begangenen Verletzungen der Steuer- oder Zollgesetze zu einer eigenen Geldbuße verurtheilt, so fällt ihre subsidiarische Vertretungs-Verbindlichkeit für die Geldstrafen ihres Gesindes u. s. w. weg.

№ 113. 19. October 1854. Abthl. II. Zum Gesetze vom 3. Mai 1852 Art. 81.

Die nach Art. 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852

Digitized by Google

zu stellende besondere Frage über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten kann ohne nähere Angabe der die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Geistesbeschaffenheit gestellt werden.

№ 114. 30. October 1854. Plenum. Zu dem Gesetze über die Presse vom 12. Mai 1851 §. 49.

1. Der §. 49. des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 findet nicht bloß auf die in diesem Gesetze speciell mit Strafe bedroheten, sondern auf alle durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen Anwendung.
2. Zur Anwendung des dritten Absatzes dieses §. 49. bedarf es, außer der Identität der den Gegenstand des Preßverbrechens oder Vergehens bildenden Druckschrift, des Nachweises einer subjectiven Complicität zwischen den dort gedachten Verantwortlichen oder Mitschuldigen.

№ 115. 30. October 1854. Zur Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 151.

Das Rechtsmittel der Restitution gegen ein rechtskräftiges Strafurtel kann nicht auf den Nachweis gestützt werden, daß das Urtel auf falsche Bezüchtigung des geständigen Mitangeschuldigten gegründet ist.

№ 116. 9. October 1854. Plenum. Zum Str. G. B. §. 217. No. 4.

Bei Diebstählen, welche von Dreschern während ihrer Beschäftigung in der Scheune verübt worden, ist diese weder als Waarenlager noch als Werkstätte zu betrachten.

№ 117. 9. October 1854. Plenum. Zum Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 115.

Digitized by Google

Wenn eine Nichtigkeits-Beschwerde wegen Verletzung eines Rechtsgrundsatzes für begründet erachtet, in der Sache selbst aber die nämliche Entscheidung, wie im angefochtenen Erkenntnisse enthalten war, beschlossen wird, so muß die Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses und demnächst die Entscheidung der Sache ausgesprochen werden.

№ 118. 15. November 1854. Abthl. I. Zur Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 6. und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 Art. 1.

Wenn der Angeklagte bei dem, ihn zur Strafe verurtheilenden Erkenntnisse sich beruhigt, die Staats-Anwaltschaft aber in seinem Interesse das Rechtsmittel der Appellation eingelegt hat, so ist die Sache auch zu Gunsten des Angeklagten rechtshängig geblieben und derselbe befugt, gegen das, das erste Erkenntniß bestätigende Appellations-Erkenntniß das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde einzulegen.

Digitized by Google

Register.

I. Sachregister.

Abgaben, in welche die zum persönlichen Bedürfnisse der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmten Dienste verwandelt worden, sind nicht aufgehoben . . . . . № 32. S. 262.

Adjudicatar, wenn er das, was er Anderen versprochen hat, um sie vom Mit- oder Weiterbieten abzuhalten, noch nicht gegeben hat, ist als Inhaber dieses unerlaubten Gewinnes anzusehen. № 28. S. 240.

Aergerniß, öffentliches, durch Verletzung der Schamhaftigkeit, erfordert zur Strafbarkeit die an einem öffentlichen Orte vorhandene Anwesenheit von Anderen, nicht aber, daß diese wirklich ein Aergerniß daran genommen haben . . № 46. S. 375.

Afterverpachtung, zu deren Bewilligung von Seiten des Hauptverpächters ist schriftliche Form nicht erforderlich. № 8. S. 102.

Agnatische Successionsrechte, deren Anmeldung Behufs der Lehnsrevocation ist auch für Descendenten erforderlich. № 38. S. 317

Alluvion, der Eigenthums-Erwerb durch dieselbe ist nicht bloß auf Flüsse und Ströme beschränkt . . . . . № 37. S. 312.

Anerkenntniß, s. Besitzveränderungs-Abgaben.

Arbeitsunfähigkeit, Begriff derselben in Folge von Körperverletzungen . . . . . № 17. S. 169.

Armenpflege der Heimathsgemeinde, derselben ist auch ein, nach Empfang des Emigrations-Consenses dennoch im Heimathsorte verbliebener und demnächst verarmter Einwohner überlassen. № 56. S. 423.

Baugläubiger haben das Vorrecht der vierten Klasse, wenn nur das Gebäude zur Zeit der Eröffnung des Concurses zur Masse gehört, obgleich vom Erlöse zur Gemein-Masse nichts geflossen. № 52. S. 399.

Beamte, als solche sind im Gemeindedienste beauftragte Transporteurs nicht anzusehen . . . . . № 16. S. 164.

Begünstigung des Thäters in Beziehung auf Diebstähle, Unterschlagung u. s. w., Bestrafung derselben. Präjudiz des Senats für Strafsachen № 109. S. 475.

Beneficial-Erben-Qualität, der Einwand derselben braucht nur gegen die Executions-Gesuche des Gläubigers aus dem wider

Digitized by Google

den Erben ohne nähere Bestimmung geführten Prozesse zugleich mit dem Antrage auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidations-Prozesses und beziehungsweise auf gerichtliche Inventur des Nachlasses geltend gemacht werden . . . . . № 51. S. 395.

Bergwerke, s. Mitbaurecht.

Besitz, s. Koppelhütung.

Besitzer, unredlicher, s. fructus percipiendi.

Besitzhandlungen, auf deren Grund die Ersitzung des Eigenthums erfolglos behauptet worden, können zur Geltendmachung der Ersitzung einer Servitut demnächst angeführt werden. № 10. S. 116.

Besitztitelberichtigung, s. Hypotheken.

Besitzveränderungs-Abgaben, zu deren Nachweis genügt das Anerkenntniß eines Besitzers in einer öffentlichen Urkunde auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch . . . . № IV. S. 39.

— s. gemeine Lasten.

Bevollmächtigte, s. Stellvertreter.

Bietungs-Caution ist ein Pupillar-Substitut zu verlangen nicht berechtigt . . . . . № 24. S. 212

— als solche wird auch bei der Resubhastation eine Forderung innerhalb des Taxwerths angenommen, und sind vom Taxwerthe nicht die Rückstände der Zinsen von prioritätisch vorgehenden Forderungen, von Abgaben und von Gesindelohn, noch die Resubhastations-Kosten abzuziehen . . . . . № 25. S. 220.

— sie muß im Subhastations-Termine selbst vollständig regulirt sein, und wird sonst für nicht bestellt angesehen . . . . . S. 221,

Bietungs-Termin, s. Subhastations-Taxe.

Brandschäden, s. Remissionspflicht.

Brüder-Unität, evangelische, s. Zehnten,

Colonate, in Ansehung derselben, wenn sie auch dem Verpächter zu Lehn gegeben waren, steht der Erwerbung eines vererblichen Besitzrechts der mangelnde Nachweis der lehnsherrlichen Genehmigung nicht entgegen . . . . . № 31. S. 255.

Depositionen des Kaufgeldes ist nothwendig, wenn der Käufer dasselbe ganz oder zum Theil wegen Gewährsmängel zurückhalten will. № I. S. 1.

Diebstahl, welcher in einem Schanklocale von einem bloßen Trink- oder Zehrgast verübt wird, ist nach № 5. §. 217. des Str. G. B. zu strafen . . . . . № 47. S. 379.

Dorfgerichte können von gemeinen Landleuten, welche der Sprache, worin das Instrument abgefaßt werden soll, unkundig sind, auch mit Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers einen Vertrag nicht aufnehmen . . . . . № 1. S. 53.

Ehemann, s. Untersuchungs-Kosten.

Eintragung in das Hypothekenbuch, s. gemeine Lasten, Untersuchungs-Kosten.

Einwand der Verjährung, s. Verjährung.

Eisenbahn-Gesellschaft, Verbindlichkeit derselben zum Ersatze, auch desjenigen Schadens, welcher nicht bloß während der Zeit, wo

Digitized by Google

die Züge in Thätigkeit sind, verursacht wird, aber nicht des entgangenen Gewinns . . . . . № 33. S. 270.
Emigrations-Consens, s. Armenpflege.
Entsagungen, s. Lehnstheilungen.
Erbeslegitimation, zu deren Zwecke ist ein Prozeß zwischen dem Erbprätendenten und dem Nachlaß-Curator zulässig № 3. S. 64. Präjudiz № 2528. S. 467.
Erbpachtsverträge, in denselben ist die Bedingung des Rückfalls des vollen Eigenthums und das Verbot der Verschuldung und Belastung durch das Gesetz aufgehoben . . . . . № 35. S. 282.
— deren Errichtung im vormaligen Großherzogthum Berg. Präjudiz № 2540. S. 468.
Ernteferien, s. Fristen.
Familien-Fideicommisse, bürgerliche, bei der Succession in dieselben präsumirt das gemeine deutsche Recht kein Vorzugsrecht des Mannsstammes vor dem Weiberstamme . . № 40. S. 342.
Forensen, s. Kirchen- und Pfarrbauten.
Fragestellung an die Geschworenen im Fall des §. 144. № 3. des Str. G. B. ist dahin zu richten: ob dem Angeklagten das Alter der Person unter 14 Jahren unbekannt gewesen sei? № 20. S. 184.
Fristen zur Einführung der Rechtsmittel, deren Ende in die Ernteferien trifft, laufen erst mit ihrem Schlusse ab. Präjudiz № 2546. S. 469.
— zur Befrachtung und Entladung eines Schiffs, wie sie zu berechnen. Präjudiz № 2560. S. 472.
Fructus percipiendi hat nur der Besitzer zu erstatten, der es wirklich weiß, daß die Sache, die er als seine eigene besitzt, einem Anderen zugehöre . . . . . № 2. S. 58.
Gemeindedienst, s. Beamte.
Gemeine Lasten und Pflichten, welche der Eintragung in das Hypothekenbuch nicht bedürfen; unter denselben sind nicht bloß beständige Lasten oder Abgaben, sondern auch andere dingliche Lasten, z. B. Besitzveränderungs-Abgaben zu verstehen, wenn sie nach der Verfassung des Orts von allen Grundstücken derselben Art an die im Gesetze benannten Berechtigten zu entrichten. № 53. S. 406.
Gemeinheitstheilung, eine bei derselben nicht geltend gemachte und im Recesse nicht vorbehaltene Wegegerechtigkeit ist erloschen. № 54. S. 414.
General-Post-Amt, s. Postfiskus.
Gerichtsbezirke im Art. 18. des Einführungs-Gesetzes v. 14. April 1851, Begriff derselben. Präj. des Senats für Strafsachen № 108. S. 474.
Gerichtsstand, s. Possessorien-Klagen.
— s. Postfiskus.
Geschworene, s. Fragestellung.
Gewährsmängel, s. Deposition.
Gewerbebeschränkungen, auch vertragsmäßige sind aufgehoben. № 58. S. 433.

Digitized by Google

Gewichte, unrichtige, s. **Maaße.**
Gruben, deren Ausmauerung im §. 126. A. L. R. Thl. II. Tit. 8. bezieht sich auch auf das öffentliche Interesse. Präjudiz № 2559. S. 472.
Gütergemeinschaft. s. Paderbornsche.
Hausirgewerbe, s. Rechtsmittel.
Heimath, s. Armenpflege.
Hypotheken, welche gegen den Eigenthümer des Grundstücks vor dessen Besitztitelberichtigung erworben und zur Eintragung angemeldet sind, erhalten ihre Priorität nach der Reihefolge der Anmeldung und werden hiernach eingetragen .... № 7. S. 97.
Judicat, s. Nullitätsklage.
Kaufgeld, s. Deposition.
Kirchengemeinde, zu deren Vertretung in Prozessen wegen der von den Eingepfarrten zu leistenden Beiträge zu den Kirchenbau-Kosten, ist der Kirchenvorstand nicht legitimirt. № 41. S. 350.
Kirchen- und Pfarrbauten, zu denselben beizutragen, liegt den Forensen nicht ob ..... № 42. S. 355.
Körperverletzungen, schwere, s. Arbeitsunfähigkeit.
Koppelhütung, zu deren Erwerbung durch dreißigjährige Verjährung genügt der innerhalb des gesetzlichen Zeitraums ausgeübte, vollständige Besitz, wenn der Gegentheil das Precarium nicht beweist. № 11. S. 134.
Landleute, gemeine, Verträge derselben, s. Dorfgerichte.
Laudemialpflicht eines Grundstücks, s. Besitzveränderungs-Abgaben.
Legatarien, deren Verpflichtung bei unzureichendem Nachlasse, zum Pflichttheile der Notherben verhältnißmäßigen Abzug zu leiden. № 6. S. 86.
Lehnstheilungen bei ihnen, und zwar bei Civiltheilungen, wie bei Naturaltheilungen gleichmäßig treten die Wirkungen der Entsagung ein. ..... № 38. S. 317.
Lügen, frevelhaftes vor Gericht, s. Strafe.
Maaße, unrichtige, und Gewichte, deren Gebrauch setzt die gewinnsüchtige Absicht voraus ..... № 18. S. 173.
Mark, s. Verjährung.
Meuterei, Begriff derselben ..... № 45. S. 370.
Mißhandlung, eine von Mehreren verübte und vorher verabredete, bei welcher eine schwere Körperverletzung vorgekommen, Strafe derselben. Präj. des Senats für Strafsachen № 110. S. 475.
Mitbaurecht, dasselbe steht nur demjenigen zu, welchem zur Zeit der Muthung und Beleihung das Eigenthum des Grundstücks gehörte, auf welchem die Fundgrube sich befindet, oder auf den dessen Rechte übergegangen sind ..... № 13. S. 147.
Miteigenthum, s. Subhastation.
Nachlaß-Curator, s. Erbeslegitimation.
Nichtigkeits-Beschwerde gegen ein Appellations-Urtel kann nur vom Ober-Staats-Anwalte selbst, nicht aber von dem beim Untergerichte bestellten Staats-Anwalte eingelegt worden. № 49. S. 385.

Digitized by Google

Niederlaufitz, s. Remissionspflicht.
Nießbrauchsrecht, s. Subhastation.
Notariats-Instrumente, s. Schuld-Instrumente.
Notherben, s. Legatarien.
Nullitäts-Klage, dieselbe findet ex falsa causa gegen ein Judicat aus dem Grunde nicht statt, weil es auf die Klage aus einem Judicate ergangen ist, welches später für nichtig erklärt worden. № 15. S. 158.
Observanz in Ansehung der Transportmittel der Waldstreu, ist die bisherige Art und Weise der Ausübung .... № 57. S. 430.
Paderbornsche Gütergemeinschaft, Wegfall des Erbrechts abgeschichteter Kinder in den Nachlaß des zur anderweiten Ehe geschrittenen überlebenden Ehegatten ..... № 36. S. 290.
Pächter, Umfang seiner Verpflichtung aus dem Pachtvertrage zur Reparatur der Wirthschaftsgebäude ..... № 9. S. 106.
— Bestimmung seiner Verpflichtung durch sein Verschulden, oder die Kräfte des Gutes ..... S. 112.
Pflichttheil. s. Legatarien.
Polizei, gutsherrliche, deren Aufhebung ist durch das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 zur Ausführung gebracht. № 60. S. 445.
Polizeiverwaltung, bei derselben sind die Kosten der Wohnungen der vom Staate angestellten Beamten nicht von der Ortsgemeinde zu bestreiten ..... Präjudiz № 2545. S. 469.
Possessorien-Klagen, wenn sie nur auf Schutz des gestörten Besitzes gerichtet sind, gehören in der Regel nicht vor den Gerichtsstand der gelegenen Sache ..... № 14. S. 154.
Postfiskus hat bei Klagen aus Verträgen, deren Abschluß dem Ressort des General-Post-Amts vorbehalten ist, und welche daher nur gegen das General-Post-Amt gerichtet werden können, seinen Gerichtsstand beim Stadtgericht zu Berlin ... № 59. S. 437
Präclusion, s. Subhastations-Prozeß.
Presse und Preßvergehen, s. Verjährung.
Priorität, s. Hypotheken.
Prozeß-Schäden, dazu gehören auch die Unterhaltungs-Kosten des Pferdes, dessen Verkauf wegen Gewährsmängel angefochten wird. Präjudiz № 2554. S. 471.
Prozeßschriften, Befugniß zu deren Abfassung, s. Stellvertreter.
Provinzial-Gesetze, deren beziehungsweise Aufhebung durch das Gesetz vom 2. März 1850 ..... S. 311.
Pupillar-Substitut, s. Bietungs-Caution.
Realprätendenten, unbekannte, und
Rechtsgrundsätzlicher Verstoß, s. Subhastations-Prozeß.
Rechtsmittel gegen Erkenntnisse der Einzelrichter in Hausirgewerbe-Contraventions-Sachen.
Präjudiz des Senats für Strafsachen № 111. S. 476.
Regulirungs-Rezeß, Zulässigkeit der Anfechtung desselben wegen Betruges auch nach erfolgter Bestätigung ... № 29. S. 246.
Remissionspflicht der Gutsherrschaften bei Brandschäden in der

Digitized by Google

Niederlausitz ist mit der Aufhebung der Gutsherrlichkeit erloschen. № 60. S. 445.
Reparaturen der Wirthschafts-Gebäude, s. Verpächter.
Restitution, s. Verjährung.
Restitution im Strafverfahren durch Beschluß des competenten Gerichts, wenn auf deren Grund die Erneuerung der Hauptsache erfolgt ist, kann das darin ergehende Urtel wegen Unzulänglichkeit der Restitutionsgründe nicht angefochten werden. № 50. S. 387.
Rückstände von Abgaben und Leistungen, auf dieselben bezieht sich das Sistirungs-Gesetz vom 9. October 1848 nicht. № 32. S. 262.
Rusticalstellen, regulirungsfähige, wie deren Umfang zu beweisen. № 34. S. 276.
Scheidung von Tisch und Bett, welche nach dem 1. April 1839 von einem geistlichen Gerichte rechtskräftig erkannt und von den Parteien als ungültig nicht angefochten ist, hat die bürgerliche Wirkung einer gänzlichen Ehescheidung. № 39. S. 336.
Schiff, s. Fristen.
Schlesien, s. Zehnten, Wegebaupflicht, Wahlrecht des überlebenden Ehegatten.
Schuld-Instrumente, welche der Unterschrift und dem Inhalte nach vor Notar und Zeugen anerkannt sind, begründen ebenso das Vorzugsrecht der sechsten Klasse, wie die vor Notar und Zeugen aufgenommenen . . . . . Präjudiz № 2561. S. 473.
Staats-Anwalt, s. Nichtigkeits-Beschwerde.
Stellvertreter von Privat-Parteien im Prozesse, als solche sind auch die Personen zulässig, welche Kraft ausdrücklicher oder vermutheter Vollmacht zur Prozeßführung zugelassen werden müssen. № II. S. 17.
Strafe des frevelhaften Lügens vor Gericht ist nur eine Prozeßstrafe, auf welche vom Civilrichter zu erkennen ist . . № 21. S. 196.
Subhastation, wenn solche Behufs der Auseinandersetzung von einem Miteigenthümer ausgebracht ist, dessen Miteigenthum eher eingetragen ist, als das auf dem Antheile eines Miteigenthümers haftende Nießbrauchsrecht, so kann er das Ausbieten und den Zuschlag ohne Nießbrauchsrecht verlangen . . . № 26. S. 229.
— s. Bietungs-Caution, Adjudicatar. Wohnungsrecht.
Subhastations-Kosten werden auch in dem Falle vorweg in Abzug gebracht, wenn der ganze Kaufpreis durch Uebernahme von Hypothekenforderungen berichtigt wird, mithin mit dem Vorzugsrechte vor denselben eingetragen . . . . . № 27. S. 235.
Subhastations-Prozeß, wenn in demselben mit Unterlassung des im §. 7. der Verordnung vom 3. März 1834 vorgeschriebenen Aufgebots der unbekannten Realprätendenten der Zuschlag erfolgt, so ist dies ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß, den auch die Mitbesitzer rügen können . . . . . № 23. S. 207.
Subhastations-Taxe, deren Revision wegen Untauglichkeit der dem früheren Verfahren zum Grunde gelegten Taxe, macht die

Digitized by Google

Ansetzung eines neuen Bietungs-Termins mit voller Frist nöthig. № 55. S. 419.
Transporteurs, s. Beamte.
Unterbrechung der Verjährung, s. Verjährung.
Unterschlagung eingezogener Kosten durch einen Gerichtsboten mit unrichtiger Führung der Kosteneinziehungs-Listen, bei derselben wird §. 325. Str. G. B. angewandt. Präj. des Senats für Strafsachen № 103. S. 474.
Untersuchungs-Kosten in Criminal-Untersuchungen wider eine Ehefrau, wegen eines den Ehemann zur Scheidung berechtigenden Verbrechens hat der unschuldige Ehemann in keinem Falle zu tragen. № 12. S. 142.
— welche vor dem 1. Januar 1852 entstanden, und Alimente, welche von subsidiarisch verpflichteten Eltern oder Kindern während der Untersuchung und Vollstreckung der Strafe zu tragen, können ohne Weiteres durch hypothekarische Eintragung auf die Immobilien der Verpflichteten sicher gestellt werden. Präjudiz № 2557. S. 471.
Väterliche Gewalt, Austritt aus derselben durch Abschluß eines Vertrages . . . . . Präjudiz № 2558. S. 472.
Verjährung der Klage aus der Schwängerung bei Veränderung des Wohnsitzes des Verklagten . . . . . № 4. S. 70.
— deren Unterbrechung durch Zahlung der Zinsen einer Capitalsschuld ist durch wirkliche Zahlung an den Berechtigten bedingt. № 5. S. 75.
— gegen eine solche durch Nichtgebrauch während der Minderjährigkeit vollendet, steht den Kindern unter väterlicher Gewalt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, wenn der Anspruch gegen den Vater selbst gerichtet ist . . . . . № 5. S. 75.
— von Grundgerechtigkeiten auf Privatgrundstücke wird in der Mark durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß einer Kirche oder Pfarre gleichartige Rechte auf das Grundstück zustehen. № 10. S. 117.
— die sechsmonatliche, der durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen bezieht sich auf die durch die Presse begangenen gemeinen Verbrechen und Vergehen, sowie auf die wissentliche weitere Verbreitung des Inhalts einer verleumderischen Druckschrift durch Vorlesen . . . . . № 19. S. 177.
— deren Anfang, wenn sie nach erfolgter Unterbrechung neu beginnt, wird nicht nach §. 5. № 3. des Gesetzes vom 31. März 1838, sondern nach §. 554. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. bestimmt. № 32. S. 261.
— in Strafsachen, deren Nichtvorhandensein muß erhellen, wenn das Strafgesetz angewendet werden soll . . . . № 44. S. 368.
— erwerbende, einer Wegegerechtigkeit wird nach Umständen durch Verlegung einer einzelnen Wegestrecke nicht unterbrochen. Präj. № 2562. S. 473.
— s. Besitzhandlungen. Koppelhütung.
Vertheidigung, eine Beschränkung derselben ist es, wenn dem

Digitized by Google

Angeklagten vor der Verhandlung nicht bekannt gemacht worden, welche Zeugen vorgeladen sind . . . . . № 48. S. 383.
Vertretungsverbindlichkeit, subsidiarische, der Gewerbtreibenden für ihr Gesinde u. s. w. in Steuer- und Zoll-Contraventionen fällt weg, wenn sie selbst als Anstifter zur Geldbuße verurtheilt sind . . . . Präj. des Senats für Strafsachen № 112. S. 476.
Vorkaufs- und Retract-Recht, das den Agnaten zustehende, ist allgemein ohne Entschädigung aufgehoben . . № V. S. 301.
Vorladung des Exequendus zum Prozesse gegen den Schuldner einer im Wege der Execution überwiesenen Forderung, aus deren Unterlassung kann der Verklagte keinen Einwand hernehmen. № 30. S. 249.
Wahlrecht des überlebenden Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge in Schlesien ist an seine Person gebunden Präj. 2551. S. 470.
Waldstreu, s. Observanz.
Wechsel-Accepte von Wechseln an eigene Ordre über den Kaufpreis können, ohne Indossament, besondere Verabredung oder besondere Umstände, weder die Zahlung vorstellen, noch eine Novation begründen . . . . . № 22. 199.
Wegebaupflicht in Schlesien, wenn der Acker der Länge nach an die Landstraße stößt, mag ein bäuerlicher Einsasse oder das Dominium dessen Eigenthümer sein, trifft alle Ackerbesitzer in der Flur. № 61. S. 462.
Wegegerechtigkeit, s. Gemeinheitstheilung. Verjährung.
Wohnungsrecht, wenn es auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragen ist, muß der Adjudicatar, beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide, neben dem Kaufgelde übernehmen . . . . . № III. S. 29.
Zehnten, zu dessen Entrichtung an katholische Pfarrer in Schlesien ist die evangelische Brüder-Unität von ihrem Grundbesitze nicht verpflichtet . . . . . № 43. S. 360.
Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, Stellung der Frage über dieselbe. . . Präj. des Senats für Strafsachen № 113. S. 476.
Zusammenrotten im Gefängnisse . . . . . № 45. S. 370.

II. Nachweisung der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Einleitung §. 61. S. 311
Tit. §§. S.
2. = 42. 46. 80. 115
Tit. §§. S.
2. = 124 — 126. 135. 136. 220

Digitized by Google

Tit.	§§.		S.
4.	§	75.	324 f.
	§	94. 95.	105
5.	§	173—184.	54 ff.
	§	186. 192.	324 f.
6.	§	1—7.	275
	§	25. 26.	242 f.
7.	§	81. 82.	125
	§	106. 108.	138 f.
	§	229.	60 f.
9.	§	225.	315
	§	383. 413.	92
	§	482—492.	67 f.
	§	525. 530. 531. 536. 537. 562. 571. 572.	80—85
	§	551. 554.	266
	§	583.	125
	§	629. 640.	130
11.	§	143.	251
	§	183 ff.	36 f.
	§	348. No. 3.	423
	§	221. 223.	1 f.
	§	372.	13
	§	972.	403
12.	§	277. 325. 333. 334. 354. 355.	89—59
12.	§	467.	217
14.	§	348.	251
16.	§	182.	163
	§	213—229.	1
	§	359—360.	8
	§	479—481	81
18.	§	15. 294. 395—397. 486 ff. 500. 320 ff. 327 ff.	
	§	306.	303
19.	§	10.	130
	§	22.	33
20.	§	8.	219
	§	24. 439.	288
	§	242.	13
	§	318.	405
	§	404—412.	99 ff.
	§	422.	51
21.	§	309. 315—319.	103 ff.
	§	440—450.	110 ff.
22.	§	14.	125
	§	133—135.	131
	§	135—137.	135 ff.
23.	§	55 ff.	380

Theil II.

Tit.	§§.		S.
1.	§	191.	143
	§	734. 936. 942. 944.	337 ff.
	§	1083. 1087.	73
2.	§	368.	332
	§	434. 501 ff.	89. 93.
	§	521 ff. 554.	217
4.	§	189 ff.	344 ff.
7.	§	37.	165
	§	246.	451
8.	§	435. 436. 444.	380—382
	§	924. 925. 1248. 1249.	8

Allgemeine Wechsel-Ordnung.

Art. 23. 82. S. 204.

Allgemeines Landrecht.

Theil II.

Tit.	§§.		S.
10.	§	68 ff.	165
11.	§	157—619. 650.	353
11.	§	260—266. 711. 721. 734. 738. 741.	357—360

Digitized by Google

Tit. §§.	S.	Tit. §§.	S.
11. § 261.	361	16. § 125.	151
15. § 80.	316	18. § 28.	84

Strafgesetz-Buch.

§§.	S.	§§.	S.
§ 44. 144. No. 3. 56.	185 ff.	§ 150.	376 ff.
	195	§ 193. 195.	171 ff.
§ 56. 96.	371 ff.	§ 216. 217. No. 5. 342.	379
§ 89. 95. 142. 325.	162—168 f.	§ 243. No. 1. 245.	174 ff.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil I.

Tit. §§.	S.	Tit. §§.	S.
1. § 3 ff.	17 ff.	24. § 36.	252
2. § 9. 10.	357	§ 40.	198
§ 112. 113.	156	27. § 51.	9
3. § 10. 11.	354	35. § 212. Anh. §. 240.	440
§ 22 ff.	17 ff.	46. § 30.	67
7. § 29.	352 ff.	50. § 306.	201
14. § 67.	9	§ 357. 358. 430. 431.	408
16. § 2. 10.	161 ff.	§ 424. 426. 429. 489.	
§ 7.	337	525. 681 ff.	400 ff.
23. § 52. 4—5.	196.	§ 481. 486.	92
24. § 19.	396 ff.	51. § 57. 60. 67. 73.	92

Theil II.

Tit. 1. §. 10	S. 57.
§ 2. § 8	§ 57.

Allgemeine Hypotheken-Ordnung.

Tit. §§.	S.	Tit. §§.	S.
I. § 48. 49.	408	II. § 16. 30. 56. 131.	99 ff.
§ 50.	33	§ 80. 124.	34

Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuches (von 1787).

Thl. II. Tit. 8. §§. 181. 182. S. 4.

Corpus juris civilis.

Digesta.

L. 2. u. 8. §. 9. de inoffic. testamento (5, 2.)	S. 91 96
L. 33. §. 1. de servit. praed. rustic. (8, 3.)	§ 122
L. 18. §. 1. de periculo rei venditae (18, 6.)	§ 3
L. 1. in quibus causis pignus tacito contrahitur (20, 2.)	§ 403

Digitized by Google

L. 2. §. 2. L. 11. pro emtore (41, 4.) S. 124
L. 5. §. 1. pro suo (41, 10.) „ 124
L. 24. de rebus autor. judicis possid. (42, 5.) „ 404
L. 40. 72. 116. 195. de verbor. signif. (50, 16.) „ 349

Codex.

L. 30. L. 36. §. 1. de inoffic. testam. (3, 28.) S. 91
L. un ubi de possess. agi oporteat (III, 16.) „ 156
L. ult. communi dividundo (3, 37.) „ 140
L. 24. de evictionibus (18, 45.) „ 3

Libri feudorum.

Lib. II. 8. 52. 55. S. 257

Einzelne Gesetze, Verordnungen, Rescripte u. s. w. nach der Zeitfolge.

Jahr. Tag.
1651. 2. December u. 28. Jan. 1669. Niederlausitzsche Landes-Ordnung. Tit. 2. §§. 12—14. u. resp. revidirte Landesordnung. S. 450.
1758. 3. März. Cabinets-Ordre, betr. die Zehntverfassung in Schlesien. S. 361.
1767. 11. Januar. Wegereglement für Schlesien §. 6. S. 463.
1769. 5. Juni. Schlesische Bergordnung Cap. 1. §. 3. S. 151.
1788. 20. April. Königliche Concession für die Brüdergemeinde in Schlesien. S. 364.
1788. 9. Juli. Edict, die Religions-Verfassung in den preußischen Staaten betr. §§. 1. 2. S. 361 ff.
1789. 10. April. Königliche Confirmation der Privilegien der Brüdergemeinde. S. 364.
1790. 1. Februar. Declaration, das Mitbaurecht beim Bergbau betr. S. 151.
1797. 14. Juli. Verordnung gegen verschiedene Mißbräuche bei öffentlichen Versteigerungen. S. 242.
1807. 9. October. Edict, den erleichterten Besitz des Grundeigenthums u. s. w. betr.
§. 3. S. 305 ff.
§. 9. S. 325.
1809. 28. März. Westphälisches Decret, die Aufhebung des Lehnsverbandes betr. S. 320.
1812. 6. Februar. Cabinets-Ordre, betr. die Zehntverfassung in Schlesien. S. 361.
1816. 8. Januar. Verordnung über die eheliche Gütergemeinschaft in den Westphälischen Landen. S. 290 ff.
— 29. Mai. Declaration des Edictes vom 14. September 1811 über gutsherrlich-bäuerliche Verhältnisse Art. 11. S. 280.

Digitized by Google

Jahr.	Tag.	
1817.	20. Juni.	Verordnung wegen Organisation der General-Commissionen u. s. w. §. 169. S. 248. §. 170—171. S. 415 ff.
1818.	11. März.	Verordnung über die Lehen und Fideicommisse jenseits der Elbe §. 2. S. 320 ff.
1819.	18. Januar.	Verordnung wegen Aufhebung der Erbunterthänigkeit in der Lausitz u. s. w. §. 6—11. S. 452.
1820.	1. Juli.	Declaration, betr. die Lehen und Fideicommisse in den überelbischen Provinzen. S. 317 ff.
1821.	7. Juni.	Gemeinheitstheilungs-Ordnung §§. 2. 141—146. u. Gesetz über deren Ausführung §. 10. S. 416 f.
1821.	7. Juli.	Gesetz wegen Anwendung des Edictes vom 14. September 1811 auf die Lausitz. S. 452.
1822.	4. Juli.	Gesetz, betr. den Verkauf ausstehender Forderungen §§. 1 3. 4. S. 250—352.
1825.	21. April.	Gesetz, über die den Grundbesitz betreffenden Verhältnisse in den vormals französischen Departements §§. 15. 38. 40. S. 260 ff.
—	21. April.	Gesetz, betr. die gleichen Verhältnisse in Berg §. 22. S. 260.
1831.	16. Juni.	Cabinets-Ordre, betr. die Zehntverfassung in Schlesien. S. 361.
1833.	14. Decbr.	Verordnung über die Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeits-Beschwerde §. 7. S. 17.
1834.	4. März.	Verordnung über den Subhastations-Prozeß. §. 6. S. 252. §. 7. S. 209 f. §. 8. 9. 14. S. 421 f. §. 9. S. 215 f. §. 11. 20. S. 224 f. §. 17—19. S. 237 f.
—	4. März.	Verordnung über die Execution in Civil-Sachen §. 2. S. 397 f.
1835.	21. März.	Gesetz, betr. die Uebernahme von Hypotheken-Schulden §. 3. S. 253.
1838.	31. März.	Gesetz über kürzere Verjährungsfristen §. 2. No. 5. §. 5. No. 3. §. 10. S. 263 ff.
—	3. Novbr.	Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen §. 25. S. 272 f.
1839.	6. April.	Declaration der Verordnung vom 14. December 1833 über Revision und Nichtigkeits-Beschwerde Art. 7. S. 17.
1840.	4. April.	Cabinets-Ordre, betr. die Stellvertretung der Parteien im Prozesse. S. 24 ff.
—	17. April.	Verfügung des Justiz-Ministers, denselben Gegenstand betr. S. 27.

Digitized by Google

Jahr.	Tag.	
1842.	31. Decbr.	Gesetz über Erwerbung und Verlust des Preuß. Unterthanen Rechtes §. 12—20. S. 425 f.
—	31. Decbr.	Gesetz über die Armenpflege. §§. 1. 4. 5. 12. ebendf.
1843.	5. März.	Verordnung über Ausübung der Waldstreuberechtigung §. 4. littr. d. S. 432.
—	11. August.	Verordnung, betr. die zum Zweck der Auseinandersetzung eingeleiteten Subhastationen §. 2. S. 231.
1844.	20. März.	Gutachtlicher Bericht des Ober-Tribunals über die Westphälische Gütergemeinschaft. S. 299.
1845.	17. Januar.	Allgemeine Gewerbe-Ordnung §. 1—4. S. 435 ff.
1848.	9. October.	Gesetz, betr. die Sistirung der gutsherrlich-bäuerlichen Regulirungen §§. 1. 2. S. 263 f.
1849.	2. Januar.	Verordnung über die Organisation der Gerichte. §§. 1. 40. S. 337 ff. §. 9. S. 441. 457.
—	3. Januar.	Verordnung über das Verfahren in Untersuchungs-Sachen §. 151 ff. S. 387 ff.
—	3. Juli.	Declaration des Sistirungs-Gesetzes v. 9. October 1848. S. 263 ff.
—	12. Decbr.	Dienst-Instruction für die Oberpost-Directionen. §. 1—4. S. 442.
1850.	31. Januar.	Verfassungs-Urkunde §. 41. S. 456.
—	2. März.	Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten u. s. w. §§. 1. No. 8. 2. 3. 82. S. 458. " 2. 5. " 286 ff. " 2. No. 6. §. 4. " 301 ff. " 3. No. 8. §§. 76. 81. 99. " 263 ff. " 5. " 289. " 6. 36—40. " 46 ff. " 81. " 277 ff.
—	11. März.	Gesetz über die Polizeiverwaltung §. 1. S. 458.
—	4. Novbr.	Plenar-Beschluß, betr. die Priorität der vor der Besitztitel-Berichtigung angemeldeten Hypotheken. S. 99 f.
1851.	21. April.	Gesetz, betr. die Gerichts-Organisation Art. II. zu 4. S. 117. 441. 457.
—	12. Mai.	Gesetz über die Presse §. 49. S. 178.
1852.	3. Mai.	Gesetz über das Verfahren in Untersuchungssachen. Art. 26. 108. No. 5. S. 383 ff. " 80. 81. " 85 ff. 194. " 109. 110. " 385. " 130. " 393.
1853.	9. März.	Gesetz, betr. die Abänderung einiger Paragraphen des Strafgesetz-Buchs. S. 188 ff. 374.
—	24. Mai.	Gesetz, betr. die Aufhebung der Gemeindeordnung vom 11. März 1850. S. 459.

Digitized by Google

III. Chronologische Nachweisung der in den Bänden 21 bis 28 enthaltenen Plenar-Beschlüsse.

Vergl. die früheren Nachweisungen Bd. 8. S. 496. Bd. 12. S. 536. Bd. 16. S. 548. Bd. 20. S. 577.

I. Civil-Sachen.

Pl.-B.		Bd.	S.
	1851.		
240.	6. Januar. Berechnung der Deliberations-Frist des zum Pflichttheil berechtigten Testamentserben . .	20.	10.
241.	3. März. Nachbarliches Widerspruchs-Recht gegen neue Fenster-Anlagen	21.	401.
242.	5. Mai. Rechte des Ehemannes, die Wiederannahme der Ehefrau zu verweigern	21.	1.
243.	19. Mai. Begründung des Anspruchs auf Aufhebung eines unförmlich errichteten, theilweise erfüllten Vertrages	21.	329.
244.	19. Mai. Restitutions-Klage der Minderjährigen gegen einen Contumacial-Bescheid	21.	407.
245.	7. Juli. Eigenthums-Uebergang bei Bergwerks-Antheilen	21.	10.
246.	7. Juli. Anmeldung der Rechtsmittel	21.	20.
147.	20. October. Entschädigungs-Verpflichtung der Eisenbahn-Gesellschaften	21.	177.
248.	15. November. Klagerecht auf Zuerkennung der Rechte einer geschiedenen Ehefrau	22.	264.
249.	1. December. Herzogthum Westphalen. Wildschaden	21.	338.
250.	1. December. Befugniß eines einzelnen von mehreren Mitberechtigten, Rechnungslegung von dem Verpflichteten zu fordern	22.	136.
	1852.		
251.	2. Februar. Executions-Vollstreckung	22.	145.
252.	15. März. Neumark. Kriegsschulden	22.	161.
253.	15. März. Mark Brandenburg. Verpflichtungsfähigkeit der in väterlicher Gewalt befindlichen großjährigen Kinder	22.	171.
254.	5. April. Erwerbung des Usucapions-Besitzes für eine Gemeinde	22.	321.
255.	3. Mai. Klage-Entsagung	23.	20.
256.	7. Juni. Verpflichtung des Eigenthümers zur Vergütigung des Schadens, welcher aus dem Betriebe von Gewerben entsteht	23.	252.

Digitized by Google

Pl.-B.		Bd.	S.
257.	21. Juni. Unterbrechung der Verjährung durch die verordnete Suspension der gutsherrlich-bäuerlichen Prozesse in den mit dem Staate wieder vereinigten und neuen Provinzen	23.	1.
258.	21. Juni. Entschädigung einer Geschwächten	23.	36.
259.	5. Juli. Feststellung der Zahlungs-Modalitäten durch einen Schuldschein	23.	13.
260.	5. Juli. Rechte des Fiskus hinsichtlich der Zinsen	23.	271.
261.	6. September. Verjährung von Entschädigungs-Ansprüchen	23.	241.
262.	6. December. Nieder-Lausitz. Kirchenbauten	24.	1.
263.	20. December. Attestirung der Unterschriften Schreibensunkundiger bei Aufnahme von Notariats-Instrumenten	24.	239.

1853.

264.	21. Februar. Zulässigkeit des Rechtsweges bei Ansprüchen gegen einen Armen-Verband	24.	245.
265.	21. Februar. Wechselfähigkeit der Ehefrauen	24.	260.
266.	4. April. Wirkung und Bedeutung der Aufstellung bestimmter Beschwerde-Punkte bei der Anmeldung eines Rechtsmittels	25.	191.
267.	4. April. Pommern. Rechtliches Verhältniß der Alt-Lutheraner hinsichtlich der Kirchen-Baulast	25.	199.
268.	6. Juni. Verjährung durch Nichtgebrauch	25.	325.
269.	20. Juni. Corporationsrechte der gemeinen Schulen	25.	301.
270.	20. Juni. Einfluß der Annahme des Amts als Rechts-Anwalt oder Notar auf eine städtische Pension	26.	1.
271.	4. Juli. Verpflichtung zum Wegebau in den vormals sächsischen Landestheilen	25.	308.
272.	3. October. Der Krugverlag ist gesetzlich nicht aufgehoben, sondern nur für ablösbar erklärt	26.	207.
273.	5. December. Beweiskraft der zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten, aber noch nicht eingetragenen Schuldscheine	26.	193.
274.	5. December. Anspruch der Hypothekengläubiger auf Feuer-Versicherungsgelder	27.	1.
275.	5. December. Westpreußen. Gesetzliche Kraft der Ermelandischen Landes-Ordnung vom 4. Juli 1766	26.	227.

1854.

276.	16. Januar. Benutzung der Privatflüsse von Besitzern gegenüber liegender Grundstücke	27.	23.
277.	6. März. Rechtliche Wirkung der Eintragung des Besitztitels für die Verfolgung des Eigenthums	27.	287.
278.	15. Mai. Uebergang des Wohnungsrechts auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Subhastationen	28.	29.
279.	19. Juni. Stellvertreter von Privatparteien in Prozessen	28.	17.

Digitized by Google

N.-V.		Bd.	S.
280.	19. Juni. Nachweis der Verpflichtung eines Grundstücks zu Besitzveränderungs-Abgaben	28.	39.
281.	3. Juli. Deposition des Kaufgeldes wegen Gewährsmängel an der gekauften Sache	28.	1.
282.	18. September. Aufhebung des Lehns-Vorkaufs und Retract-Rechts	28.	

II. Criminal-Sachen.

Vergl. Anhang Band 25. S. 457.

1853.

283.	11. April. Anfangspunkt der Verjährung bei Uebertretungen durch Unterlassung	25.	255.
284.	9. Mai. Diebstahl in bewohnten Gebäuden	25.	335.
285.	27. Juni. Bestrafung vorsätzlicher leichter Mißhandlungen oder Körper-Verletzungen	26.	143.
286.	28. November. Transport postzwangspflichtiger Gegenstände auf dem Rhein	26.	457.
287.	12. December. Entwendung von Bäumen aus Gärten, Obstanlagen und Alleen	26.	440.
288.	12. December. Strafbares Gestatten des Hazardspiels von Seiten der Inhaber öffentlicher Versammlungs-Orte	27.	134.

1854.

289.	9. Januar. Rückfalls-Strafen beim Diebstahl	27.	108.
290.	23. Januar. Bewohntes Gebäude beim Diebstahl	27.	102.
291.	27. Februar. Unzucht zwischen Stiefeltern und Stiefkindern unehelicher Geburt	27.	392.
292.	24. April. Beamte im Gegensatze zu Personen, welche bloß mit einzelnen Gemeindediensten beauftragt sind	28.	164.
293.	12. Juni. Gebrauch unrichtiger Werkzeuge zum Messen oder Wiegen	28.	173.
294.	12. Juni. Fragestellung an die Geschworenen über die Wissenschaft von dem Alter der gemißbrauchten Person	28.	185.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite	47	Zeile	15	lies §. 11. ſt. §. 7.
″	28	″	15	″ beilegt ſt. beigelegt.
″	95	″	3	iſt hinter 501 ff. einzuſchalten: Tit. 2. Thl. II. A. L. R.
″	193	″	12	lies die ſt. der.
″	240	″	3	v. u. l. Verordnung ſt. Verordnungen.
″	250	″	19	l. vertreten ſt. vertraten.
″	252	″	5	v. u. l. §. 6. ſt. 96.
″	—	″	6	v. u. l. Tit. 24. ſt. 27.
″	255	″	14	l. № 940 ſt. 946.
″	258	″	3	l. Maurenbrecher ſt. Mauerbrecher.
″	—	″	4	u. ſpäter l. Phillips ſt. Philipps.
″	279	″	2	l. 1850 ſt. 1859.
″	294	″	4	v. u. l. 8. Januar ſt. 9. Januar.
″	297	″	2	l. Welter ſt. Walter.
″	305	″	5	l. October ſt. November.
″	356	″	15	v. u. l. 1854 ſt. 1844.
″	367	″	1	l. Zinzendorf ſt. Hinzendorf.
″	395	vorletzte Zeile l. werden ſt. worden.		
″	443	Zeile	18 u. 19	l. vorbehalten ſt. vorbeten.

Ex. g. H.

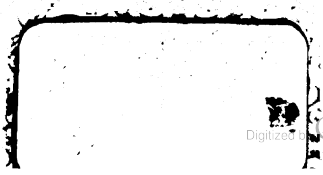
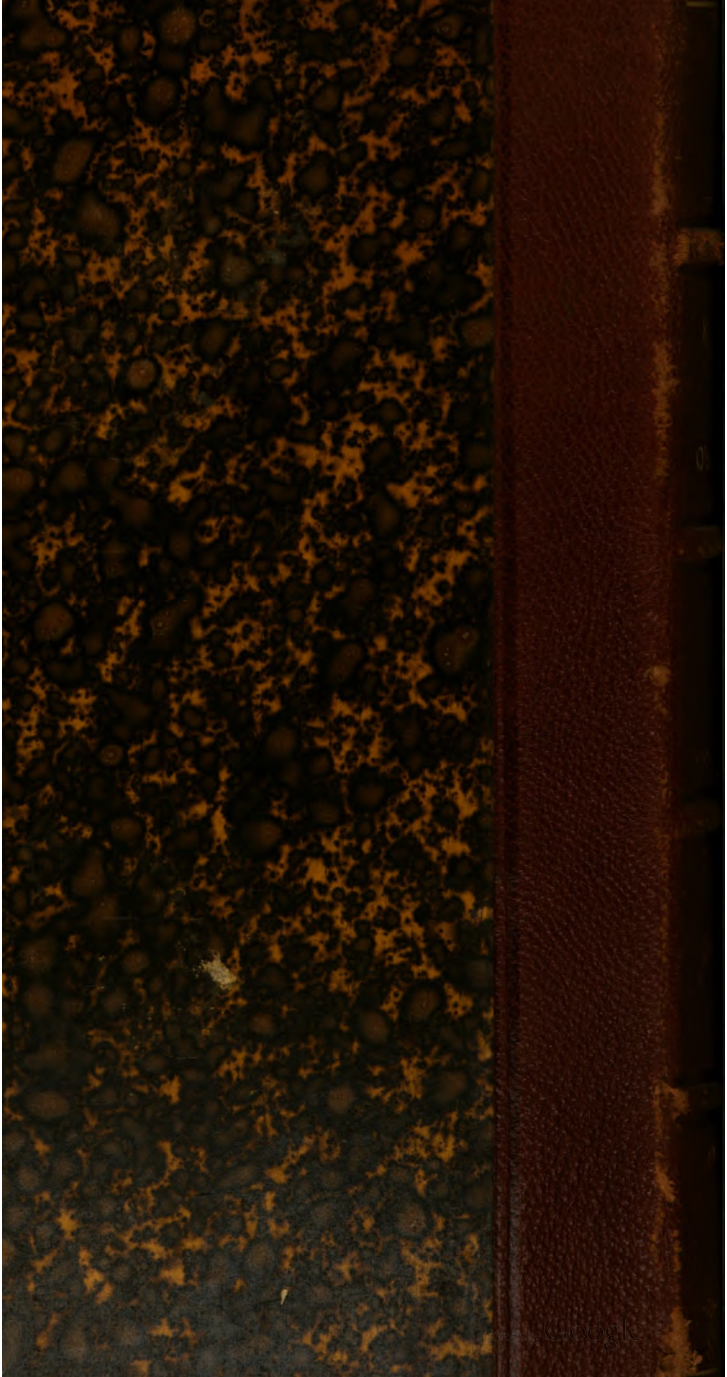
Digitized by Google

Druck von Trowitzsch und Sohn in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google